349.297
M55oA
v.7.8

فهرس

الجزء السابع من كتاب الإنصاف

٣ كتاب الوقف — الأقوال فى حده
« وهو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة
« هل يحصل بالفعل الدال على القول، أو لا بد من القول ؟
٤ مثل أن يبنى مسجداً ويأذن للناس فى الصلاة فيه .
٥ صريحه : وقفت ، وحبست ، وسبلت
« وكنايته : تصدقت وحرمت وأبدت
« لا بد للكناية من النية ، أو يقرن بها أحد الألفاظ الباقية
٧ ولا يصح إلا بشروط أربعة أحدها أن يكون فى عين يجوز بيعها الخ
٨ يصح وقف الشاع ، والحلى للبس
٩ ولا يصح وقف غير معين ، كأحد هذين
« ولا مالا يجوز بيعه كأم الولد والكلب
١٠ ولا ما لا ينتفع به مع بقائه دائماً ، كالأثمان
١٢ والمطعوم والرياحين
« الشرط الثانى : أن يكون على بر
١٣ بطلان وقف الستور لغير الكعبة
١٤ أن يكون الموقوف عليهم : مسلمين كانوا أو من أهل الذمة .
١٥ ولا يصح على الكنائس وبيوت النار
١٦ ولا على حربى ، أو مرتد
« ولا يصح على نفسه فى إحدى الروايتين
١٨ وإن وقف على غيره ، واستثنى الأكل منه مدة حياته
٢٠ الشرط الثالث : أن يقف على معين يملك . ولا يصح على مجهول ، كرجل ومسجد
« لا يصح على حيوان لا يملك كالعبد
٢١ هل يصح على أم الولد والمكاتب ؟
٢٢ لا يصح على الحمل
٢٣ ولا على البهيمة
« الشرط الرابع : أن يقف ناجزاً . فإن علقه على شرط : لم يصح .. الخ
٢٦ ولا يشترط القبول ، إلا أن يكون على آدمى معين
٢٨ فإن لم يقبله أورده : بطل فى حقه ، دون من بعده
٢٩ وكان كما لو وقف على من لا يجوز ، ثم على من يجوز
« وإن وقف على جهة تنقطع ، ولم

يذكر له مآلا ، أو على من يجوز ، ثم على من لا يجوز الوقف عليه

٣٤ أو قال : وقفت ، وسكت

٣٥ وإن قال : وقفته سنة : لم يصح

٣٦ هل يشترط إخراج الوقف عن يده؟

٣٨ يملك الموقوف عليه الوقف

« لهذا الخلاف فوائد كثيرة

٣٩ وإن أتت بولد فهو حر . وعليه قيمته يشترى بها ما يقوم مقامه . وتصير أم ولده تعتق بموته . وعليه قيمته

« وتجب قيمتها فى تركته ، يشترى بها مثلها تكون وقفاً .

« وإن وطئها أجنبى بشبهة فأتت بولد

٤١ وولدها وقف معها

٤٢ إن جنى الوقف خطأ : فالأرش على الموقوف عليه

٤٥ إن وقف على ثلاثة ثم على المساكين فمن مات منهم : رجع نصيبه على الآخرين

٥٣ المرجع فى شئون الوقف : شرط الواقف فى نسمه

٥٧ فوائد . الأولى : يتعين مصرف الوقف إلى الجهة المبينة له

٥٨ الثانية : إذا شرط الواقف لناظره أجرة

« الثالثة : إذا أسند النظر إلى اثنين لم يتصرف أحدهما بدون شرط

٥٩ الرابعة : لو تنازع ناظران فى نصب إمامة . الخ

٦٠ الخامسة : يشتمل على أحكام حجة من أحكام الناظر

٦٦ السادسة : لو شرط الواقف ناظراً أو مدرساً الخ

« السابعة : يشترط فى الناظر : الإسلام والتكليف

٦٧ الثامنة : وظيفة الناظر

٦٨ التاسعة : لا اعتراض لأهل الوقف على من ولاه الواقف

« العاشرة : ما يأخذه الفقهاء من الوقف

٦٩ فإن لم يشترط ناظراً . فالنظر للموقوف عليه

٧٠ ينفق عليه من غلته

٧٢ فوائد . الأولى : لو احتاج الخان للسبل . الخ

« الثانية : تقدم عمارة الوقف على أرباب الوظائف

« الثالثة : يجوز للناظر الاستدانة على الوقف

٧٣ الرابعة : لو أجر الموقوف عليه الوقف

« الخامسة : إذا أجره بدون أجرة المثل

« السادسة : يجوز صرف الموقوف على عمارة المسجد

٧٣ السابعة : لو وقف داره على مسجد
٧٤ إن وقف على أولاده ، ثم على المساكين
« لا يدخل ولد البنات
٧٥ هل يدخل فيه ولد البنين ؟
٧٧ فوائد ، إحداها : لو قال : على ولد فلان ، وهم قبيلة الخ
« الثانية : لو اقترن باللفظ ما يقتضي الدخول
« الثالثة : لو قال على أولادي : فإذا انقرض أولادي وأولاد أولادي : فعلى المساكين
٧٨ الرابعة : إذا جهل شرط الواقف وتعذر العثور عليه
٧٩ إن وقف على عقبه ، أو ولد ولده أو ذريته لا يدخل فيه ولد البنات
٨٢ فوائد ، الأولى : لفظ النسل ، كلفظ العقب ، والذرية
٨٣ الثانية : لو قال : على بني بني ، أو بني بني فلان ، الخ
« الثالثة : الحفيد يقع على ولد الابن والبنت
« الرابعة : لو قال الهاشمي : على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين
« الخامسة : تجدد حق الحمل : يوضعه كشتر
٨٤ إن وقف على بنيه ، أو بني فلان ، فهو للذكور خاصة
٨٥ إن وقف على قرابته أو قرابة فلان
٨٧ أهل بيته بمنزلة قرابته
٨٨ قومه ونساؤه : كقرابته
٨٩ والعترة : هم العشيرة
٩٠ ذوو رحمه : كل قرابة له من جهة الآباء والأمهات
« الأيامى والعزاب من الأزواج له من الرجال والنساء
٩١ أما الأرامل : فهن النساء اللاتي فارقهن أزواجهن
٩٢ إن وقف على أهل قريته أو قرابته
٩٣ إن وقف على مواليه ، وله موال من فوق ، وموال من أسفل
٩٤ فوائد ، الأولى : العلماء هم حملة الشرع
« الثانية : أهل الحديث : من عرفه
« الثالثة : الصبي والغلام
٩٥ الرابعة : الشاب والفتى
« الخامسة : أبواب البر
٩٦ السادسة : لو وقف على سبيل الخير
« السابعة : جمع المذكر السالم وضميره يشمل الأنثى
« الثامنة : الأشراف
« التاسعة : لو وقف على بني هاشم ، أو وصى لهم
٩٧ إن وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم
٩٨ تفضيل بعضهم على بعض والاقتصار على واحد منهم

٩٩ لايدفع إلى واحد أكثر من القدر الذى يدفع إليه من الزكاة الخ
« الوصية كالوقف فى هذا الفصل
١٠٠ الوقف عقد لازم . لايجوز فسخه بإقالة ولا غيرها
« لايجوز بيعه إلا أن تتعطل منافعه الخ
١٠١ لا تباع المساجد . لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر . ويجوز بيع بعض آلته وصرفها فى عمارته
١٠٤ فوائد . الأولى : قول المصنف : لو أمكن بيع بعضه ليعمر به بقيته
١٠٥ الثانية : حيث جوزنا بيع الوقف فمن يلى بيعه ؟
١٠٩ الثالثة : إذا بيع الوقف واشترى بدله
١١١ الرابعة : لا يشترط أن يشترى من جنس الوقف الذى بيع
« الخامسة : إذا بيع المسجد واشترى به مكاناً يجعل مسجداً
« السادسة : لا يجوز نقل المسجد مع إمكان عمارته دون العمارة الأولى
« السابعة : يجوز رفع المسجد إذا أراد أكثر أهله ذلك
١١٢ ما فضل من حصره وزيته عن حاجته
١١٣ لا يجوز غرس شجرة فى المسجد
« فإن كانت مغروسة فيه : جاز الأكل منها
١١٦ باب الهبة والعطية
« هى تمليك فى حياته بغير عوض
« إن شرط فيها عوضاً معلوماً : صارت بيعاً ، أو غلب فيها حكم الهبة
١١٧ إن شرط ثواباً مجهولا
١١٨ تحصل الهبة بما يتعارف الناس هبة
١١٩ تلزم بالقبض
١٢٢ بما تقبض الهبة ؟
١٢٣ إن مات الواهب : قام وارثه مقامه فى الإذن والرجوع
١٢٤ فوائد . الأولى : لو مات المتهب قبل قبوله : بطل العقد
١٢٥ الثانية : يقبض الأب للطفل من نفسه
« الثالثة : لا يصح قبض الطفل والمجنون لنفسه ولا قبوله
« الرابعة : لا يصح من المميز قبض الهبة ، ولا قبولها
١٢٦ الخامسة : يعتبر لقبض الشاع إذن الشريك فيه
« السادسة : لو قال أحد الشريكين للعبد المشترك : أنت حبيس على آخرنا موتاً
١٢٧ إن أبرأ الغريم غرمه من دينه ، أو وهبه له ، أو أحله منه برئت ذمته .

١٢٨ فوائد . الأولى : من صور البراءة من المجهول : لو أبرأه من أحدهما ، أو أبرأ أحدهما .

« الثانية : لو أبرأه من مائة

١٢٩ الثالثة : لاتصح هبة الدين لغير من هو فى ذمته

« الرابعة : لاتصح البراءة بشرط

١٣٠ الخامسة : لايصح الإبراء من الدين قبل وجوبه

« السادسة : لو تبارآ ، وكان لأحدهما على الآخر دين مكتوب .

« السابعة : قول القاضى محب الدين بن نصر الله فى حواشى الفروع : الإبراء من المجهول

١٣١ تصح هبة المشاع كل ماجوز بيعه

١٣٢ لا تصح هبة المجهول

١٣٣ ولا مالا يقدر على تسليمه

« لايجوز تعليقها على شرط ولاشرط ماينافى مقتضاها .

١٣٤ ولا توقيتها

« المعمرى أن يقول : أعمرتك هذه الدار الخ .

« إن شرط رجوعها إلى المعمر الخ

١٣٦ والشروع فى عطية الأولاد : القسمة على قدر ميراثهم بينهم بدون مفاضلة

١٤٠ إن مات قبل تلافى ذلك : ثبت للمعطى .

١٤١ فوائد . إحداها : حكم ما إذا ولد له ولد بعد موته .

« الثانية : محل ماتقدم : إذا فعله فى غير مرض الموت .

١٤٢ الثالثة : لايجوز الشهادة على التخصيص لاتحملا ولا أداء .

« الرابعة : لا يكره فلحى قسم ماله بين أولاده .

١٤٣ إن سوى بينهم فى الوقف ، أو وقف ثلثه فى مرضه على بعضهم .

١٤٥ لايجوز لواهب أن يرجع فى هبته ، إلا الأب .

١٤٦ رجوع المفلس فى هبته

١٤٨ فوائد . إحداها : ذكر الشيخ تقى الدين وغيره : أنه لو قال لها : أنت طالق إن لم تبرئينى فأبرأته .

« الثانية : يحصل رجوع الأب .

« الثالثة : لو أسقط الأب حقه من الرجوع الخ

١٤٩ الرابعة : تصرف الأب ليس برجوع

« الخامسة : حكم الصدقة حكم الهبة فيما تقدم

١٥٠ السادسة : لو ادعى اثنان مولودا فوهباه أو أحدهما .

« إن نقصت العين ، أو زادت زيادة منفصلة .

١٥١ الزيادة للابن

« هل تمنع الزيادة المنفصلة الرجوع ؟

١٥٢ إن باعه الموهب . ثم رجع إليه بفسخ ، أو إقالة . فهل له الرجوع؟
١٥٣ إن وهبه الموهب لابنه : لم يملك أبوه الرجوع الخ .
« إن كاتبه : لم يملك الرجوع الخ .
١٥٤ للأب أن يأخذ من مال ولده ماشاء
١٥٥ مع الحاجة وعدمها
« إذا لم تتعلق حاجة الابن به
١٥٦ إن تصرف فى الهبة قبل علمها الخ
١٥٧ وإن وطىء جارية أبنه ، فأحبلها : صارت أم ولد له .
١٥٨ وولده حر . لاتلزمه قيمته
« ولا مهر ولا حد
١٥٩ فى التعزير وجهان
« ليس للابن مطالبة أبيه بدين ، ولا قيمة متلف ، ولا أرش جناية ولا غير ذلك .
١٦١ فوائد . الأولى : ليس لورثة الابن مطالبة أبيه بما للابن عليه الخ .
١٦٢ الثانية : لو أقر الأب بقبض دين ابنه .
١٦٣ الثالثة : لو قضى الأب الدين الذى عليه لابنه فى مرضه .
« الرابعة للابن مطالبة أبيه بنفقته الواجبة عليه .
١٦٣ الخامسة : هل لولد ولده مطالبته بماله فى ذمته .
« الهدية والصدقة نوعان من الهبة
١٦٤ فوائد . إحداها : وعد الهدية . كالهدية مع العرف
« الثانية : إن قصد بفعله ثواب الآخرة فقط . فهو صدقة
« الثالثة : لو أعطى شيئاً . وجب عليه الأخذ
١٦٥ عطايا المريض غير مرض الموت ، أو مرضاً غير مخوف الخ
« وما قال عدلان من أهل الطب : إنه مخوف فعطاياه كالوصية
١٦٦ لا تجوز لوارث ، ولا بجزء لأجنبى زيادة على الثلث
١٦٧ الأمراض الممتدة : كالسل الخ
١٦٨ من كان بين الصفين عند التحام الحرب ، وفى لجة البحر عند هيجانه الخ
« الحامل إذا صار لها ستة أشهر
١٦٩ الحامل عند المخاض
« فوائد . منها : حكم السقط ، حكم الولد التام
١٧٠ حكم من حبس للقتل
« حكم الأسير
« لو جرح جرحاً موحياً
« حكم من ذبح أو أبينت حشوته
١٧١ إن عجز الثلث عن التبرعات المنجزة
« فإن تساوت : قسم بين الجميع بالحصص
« أما معاوضة المريض بثمن المثل :

فيصح من رأس المال وإن كانت مع وارث

١٧٢ إن جاني مريض وارثه

١٧٣ إن باع المريض أحدهما وجاءه فله الأخذ بالشفعة

« ويعتبر الثلث عند الموت

١٧٤ فائدة وتفارق العطية الوصية في أربعة أشياء

« فائدة وإن باع مريض فقيراً لا يملك غيره الخ

١٧٦ إن أصدق امرأة عشرة لا مال له غيرها

« إن مات فلها ورثته وسقطت المحاباة

١٧٧ لو ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه أعتقه في صحته عتق ولم يرثه

١٧٨ فوائد الأولى لو اشترى من يعتق على وارثه

« الثانية لو قال أنت حر في آخر حياتي

« الثالثة لو علق عتق عبده بموت قريبه

« الرابعة لو علق عتق عبده على شيء فوجد وهو مريض

١٧٩ كذلك على قياسه : لو اشترى ذا رحمه المحرم في مرضه الخ

١٨٠ لو أعتق أمته وتزوجها في مرضه

١٨١ لو أعتقها وقيمتها مائة ثم تزوجها وأصدقها مائتين لا مال له سواهما الخ

١٨١ إن باع ثلث ماله ثم اشترى أباه من الثلثين

١٨٣ كتاب الوصايا

« هي الأمر بالتصرف بعد الموت والوصية بالمال

« تصح من البالغ الرشيد عدلا كان أو فاسقاً رجلا أو امرأة مسلماً أو كافراً

١٨٥ ومن السفيه في أصح الوجهين

« ومن العاقل إذا جاوز العشر

١٨٦ لا تصح ممن له دون السبع

١٨٧ في السكران وجهان

« لا تصح وصية من اعتقل لسانه بها

١٨٨ إن وجدت وصية بخطه

١٨٩ الوصية مستحبة

« إن ترك خيراً وهو المال الكثير

١٩٠ يوصي بخمس ماله

١٩١ ويكره لغيره إن كان له ورثة

١٩٢ وصية من لا وارث له

١٩٣ لا يجوز من له وارث الوصية إلا بإذن الورثة

١٩٤ إلا أن يوصي لكل وارث بمعين بقدر ميراثه

١٩٥ إن لم يف الثلث بالوصايا تحاصوا فيه

١٩٥ إجازة الورثة بعد في الصحيح من المذهب
٢٠٠ من أوصى له فصار بعد موته عبد ورث نصف الوصية به
٢٠١ لا تصح بجائزهم وردهم ، إلا بعد موت الموصي
« من أجاز الوصية ، ثم قال لم أعلم أني طلبت المال قليلا
٢٠٢ إلا أن يقوم عليه البينة
« إن كان الخبر عنه فقد كثرت في زمن كثير
« لا يجب ملك للموصى له إلا للقبول بعد الموت
٢٠٤ متى يملك الموصى له قبل موت الموصي
٢٠٥ إن رده بعد موته
« إن مات بعده ، وقبل الرد والقبول
٢٠٦ إن قبلها بعد موت
٢١١ هل يكون الرجوع في الوصية ؟
« إن أوصى به لآخر ، ولم يقل ذلك فهو بينهما
٢١٢ فوائد ، إحداها لو أوصى في البيع أو الهبة ، فلم يقبل فيهما
« الثانية لو قال ما أوصيت به لفلان فهو حرام عليه
« الثالثة لو وصى بثلث ماله ، ثم باعه أو وهبه
٢١٣ إن كاتبه أو دبره أو جحد الوصية
٢١٣ إن خلطه بغيره على وجه لا يتميز ، أو أزال اسمه
٢١٥ إن أوصى له بقدير من صبرة ، ثم خلط بصبرة أخرى
٢١٧ إن زاد في الدار عمارة ، أو انهدم بعضها
٢١٨ إن وصى لرجل ، ثم قال : إن قدم فلان فهو له . وإن قدم بعد موته فهو للأول
« خرج الواحد من ثلث المال
٢١٩ إن قال أخرجوا الواحد من ثلثي

٢٢١ باب الموصى له

« تصح الوصية لكل من يصح تمليكه
٢٢٢ تصح لمكاتبه ، ومدبره ولأم ولده
٢٢٣ تصح لعبد غيره
٢٢٤ فإن قبلها فهي لسيده
« تصح لعبده بشرط
٢٢٥ إن وصى له بعين ، أو بمائة
٢٢٦ تصح للحمل ، إذا علم أنه كان موجوداً حين الوصية
٢٣٠ إن وصى لمن يحمل هذه المرأة
٢٣٢ إن قتل الوصي الموصي
« إن جرحه ، ثم أوصى له فمات من الجرح
٢٣٣ قول الأصحاب في الوصية للقاتل
٢٣٤ إن وصى لصنف من أصناف الزكاة ، ح

٢٣٥ إن وصى لفرس حبيس ينفق عليه

٢٣٦ إن أوصى في أبواب البر

٢٣٧ إن أوصى أن يحج عنه بألف

٢٣٩ إن قال يحج عني حجة بألف دفع الكل إلى من يحج عنه

٢٤٠ إن عينه في الوصية بالحج فأبى الحج وقال اصرفوا إلى الفضل ما يعطيه ويطلب الوصية

٢٤١ فوائد منها لو قال يحج عني زيد بألف

« ومنها لا يصح أن يحج وصي بإخراجها

« ومنها لا يحج وارث

« ومنها لو أوصى أن يحج عنه بالنفقة

« ومنها لو وصى بثلاث حجج إلى ثلاثة في عام واحد

٢٤٢ إن وصى لأهل سكة، فهو لأهل درنه

٢٤٣ إن وصى لجيرانه: تناول أربعين داراً من كل جانب

٢٤٤ إن وصى لأقرب قرابته

« الأخ من الأب، والأخ من الأم: سواء، والأخ الشقيق أحق

٢٤٥ لا تصح الوصية لكنيسة ولا بيت نار

٢٤٦ لا لكتب التوراة، والإنجيل، ولا لملك، ولا لميت

« ولا لبهيمة

٢٤٦ إن وصى لحي وميت يعلم موته فالكل للحي

٢٤٧ فإن لم يعلم، فللحي نصف الموصى به

« فوائد إحداها لو وصى له وجيران أوله وللحائط ثلث ماله

« الثانية لو وصى له وللرسول صلى الله عليه وسلم ثلث ماله

٢٤٨ الثالثة لو وصى له ولله

« الرابعة لو وصى لزيد وللفقراء ثلثه

« إن وصى لوارثه وأجنبي بثلث ماله فرد الورثة

« إن وصى لهما بثلثي ماله

٢٤٩ فوائد. إحداها: لو ردوا نصيب الوارث

« الثانية: لو أجازوا للوارث وحده

« الثالثة: لو ردوا وصية الوارث، ونصف وصية الأجنبي

« إن وصى بماله لابنيه وأجنبي فردا

٢٥٠ إن وصى لزيد وللفقراء والمساكين ثلثه

« فوائد الأولى لو وصى له ولإخوته بثلث ماله

« الثانية: لو وصى بدفن كتب العلم: لم يدفن

« الثالثة: لو وصى بإحراق ثلث ماله

٢٥١ الرابعة: لو وصى بجعل ثلثه في التراب

٢٥٢ باب الموصى به
« تصح بوصية بمعلوم ، وبما فيه
نفع مباح غير مال
٢٥٣ إن كان له مال ، فجميع ذلك
للموصى له ، وإن قل
« فوائد إحداها تكلب لمنع
نفع كلب الصيد ، وماشيه ،
والزرع
٢٥٤ الثانية تعلم تكلاب بحيه بين
الورثة والموصى له ، والموصى لهما
كالأمة والموصى له بكلب ، وله
كلاب
٢٥٥ تصح الوصية بالمجهول
« وعطى ما يقع عليه الاسم
٢٥٦ « فإن له ثلاثة أسهم للذكر والأنثى من
الخيل والبغال واحد
« إن وصى له بغير معين
٢٥٧ فإن لم يكن له عبيد
٢٥٨ إن كان له عبيد فأعتقوا إلا واحداً
« إن قال كلهم فله قيمة أحدهم
على قائله
٢٥٩ إن وصى له بقوس فله قوس
للنشاب
« فوائد ، إحداها تعطى قوساً
معمولة للعرب
٢٦٠ الثانية : قوس النشاب : هو
الفارسي
٢٦٠ الثالثة : لو كان له أقواس من
جنس
« إن وصى له بكلب ، أو طبل ، وله
منها مباح ومحرم
« تنفذ الوصية فيما علم من ماله وما لم
يعلم
« إن وصى لثلثه ، فاستحدث مالا
٢٦١ هل تدخل الدية في الوصية ؟
٢٦٢ إن وصى بمعين فمات فله نصف الدية
« تصح الوصية بمنفعة المفردة كالأمة
٢٦٣ وللورثة خدمتها
« ولهم ولاية تزويجها وأخذ مهرها
٢٦٤ إن وصى بشيء ، فولد حر الخ
« إن قتلت فلهم قيمتها
٢٦٥ من واجد منهما وصوفه
« إن وقف من روحه ، أو ورثه
٢٦٦ في تقديم الآلة أوجه
« أحدها أنه في كسبه ، فإن تقدم
في كسبه فثالث
« الوجه الثاني : أنها على مالكها
٢٦٧ « الثالث أنه على الموصى
« وفي اعتبارها من الثلث : وجهان
« أحدهما : يعتبر جميعها من الثلث
« الوجه الثاني : تقوم بمنفعتها ، ثم
تقوم مسلوبة المنفعة
٢٦٨ وإن وصى لرجل بمكاتبه
٢٦٩ إن وصى له بمكاتبة ، أو
بحمل منها

٢٦٩ إن وصى برقبته لرجل ، وبما عليه لآخر

« من أوصى له بشيء بعينه

٢٧٠ إن تلف المال كله غيره بعد موت الموصى

« إن لم يأخذه زماناً [illegible] وقت الموت

« إن لم يكن له شيء سوى المعين

٢٧١ إن وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه

« إن وصى له بثلث ثلاثة أعبد ، فاستحق اثنان أو ماتا

٢٧٢ إن وصى له بعبد لا يملك غيره ، ولآخر بثلث ماله ، وملكه غير العبد مائتان الخ

٢٧٣ وإن كانت الوصية بالنصف مكان الثلث فردوا

« إن وصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بمائة ، ولثالث بتمام الثلث على المائة الخ

٢٧٥ باب الوصية بالأنصباء والأجزاء

« إذا وصى بمثل نصيب وارث معين

« إن وصى له بنصيب ابنه

٢٧٦ إن وصى له بضعف نصيب ابنه ، أو بضعفيه

« إن وصى بمثل نصيب وارث لو كان

« لو كانوا أربعة فأوصى بمثل نصيب خامس

٢٧٨ إن أوصى له بسهم من ماله ففيه ثلاث روايات

« إحداهن : له السدس بمنزلة سدس مفروض

٢٧٩ والرواية الثانية : له سهم مما يصح منه [illegible]

« والرواية الثالثة : له مثل نصيب أقل الورثة ما لم يزد على السدس

٢٨٠ إن وصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصفه

٢٨١ فإن أجيز لصاحب المال وحده ، فلصاحب النصف التسع ، والباقي لصاحب المال

« ليس له إلا ثلثا المال التي كانت له في حال الإجازة

« إن أجازوا لصاحب النصف وحده فله النصف على الوجه الأول

« إذا حلف ابنين ، وأوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بمثل نصيب ابن

٢٨٢ فإن كان الجزء الموصى به النصف خرج فيه وجه ثالث الخ

« إن حلف أماً وبنتاً وأخاً الخ

٢٨٥ باب الموصى إليه

« تصح وصية المسلم إلى كل مسلم عاقل عدل وإن كان عبداً

٢٨٦ أو مراهقاً

٢٨٧ لا تصح إلى غيرهم

٢٨٨ إن وجدت الصفات عند الموت

٢٨٩ إذا أوصى إلى واحد ، وبعده إلى آخر الخ

٢٩٠ فإن مات أحدهم

٢٩١ وكذلك إن فسق

٢٩٣ يصح قبوله للوصية في حياة الموصي وبعد موته

« ليس للوصي أن يوصي ، إلا أن يجعل ذلك إليه

٢٩٥ لا تصح الوصية إلا في معلوم يملك الموصي فعله

« النظر في أمر الأطفال

٢٩٦ إذا أوصى بتفريق ثلثه ، فأبى الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم

٢٩٧ إن أوصاه بقضاء دين معين ، فأبى ذلك الورثة : قضاه بغير علمهم

٢٩٨ تصح وصية الكافر إلى مسلم ، وإلى من كان عدلا في دينه

٢٩٩ إذا قال : ضع ثلثي حيث شئت ، أو اعطه من شئت

٣٠٠ إن ادعت الخارجة إلى بيع بعض العقار لقضاء دين ميت أو حاجة الصغار

٣٠٣ كتاب الفرائض

« أسباب التوارث ثلاثة

٣٠٤ والوارث ثلاثة

٣٠٥ باب ميراث ذوي الفروض

٣٠٥ فالذي إحداهما والأخ من الأم قد غصب أخته

« الثانية ميراث الزوج

« وللجد حال رابع

٣٠٦ إن لم يفضل عن الفرض إلا السدس

« إن لم يكن فيها زوج

٣٠٧ إن كان جد وأخت من أبوين ، وأخت من أب

« للأم أربعة أحوال

٣٠٨ حال لها الثالث

« حال لها الرابع وهي أم ولد الزنا

« عصبة ابن الزنا عصبة أمه

٣٠٩ وإذا مات ابن الملاعنة وخلف أمه وجدته

« إن كان بعض الجدات أقرب من بعض

٣١٠ أم أبي الأم ، وأم أبي الجد

٣١١ ترث الجدة وابنها حي

« إن اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخوين

٣١٢ فإن كانت بنت وبنات ابن

« يسقط ولد الأبوين بثلاثة : بالابن وابنه

٣٠٣ باب العصبات

« ثم الجد وإن علا ، ثم الأخ من الأبوين

٣١٤ إذا انقرض العصبة من النسب

٣١٤ متى كان بعض بنى الأعمام زوجاً ، أو أخاً من أم

٣١٥ فإذا استغرقت الفروض المال

« لو كان مكانهم أخوات لأبوين ، أو لأب عالت إلى عشرة

٣١٦ باب أصول المسائل

« إذا اجتمع مع النصف سدس ، أو ثلث ، أو ثلثان

« وتعول إلى عشرة

٣١٧ إذا اجتمع مع الربع أحد الثلاثة

« إذا اجتمع مع الثمن سدس ، أو ثلثان

« إذا لم تستوعب الفروض المال ، ولم تكن بعضه

٣٢٠ باب تصحيح المسائل

« إن تباينت ضربت بعضها في بعض

« إن كانت موافقة ، كأربعة وستة ، وعشرة

٣٢١ باب المناسخات

« هي أن يموت بعض الورثة قبل قسم تركته

٣٢٢ باب قسم التركات

٣٢٣ باب ذوى الأرحام

٣٢٣ كل جدة أدلت بأب بين أمين ، أو بأب أعلى من الجد

٣٢٣ العمات والعم من الأم كالأب

٣٢٤ إذا أدلى جماعة بواحد ، واستوت منازلهم منه ، فنصيبه بينهم بالسوية

٣٢٥ إن كان بعضهم أقرب من بعض ، فمن سبق إلى الوارث : ورث ، وأسقط غيره

« الجهات أربع : الأبوة ، والأمومة ، والبنوة ، والأخوة

٣٢٧ من مت بقرابتين

« إن اتفق معهم أحد الزوجين

٣٢٩ باب ميراث الحمل

« يقف له نصيب ذكرين ، إن كان نصيبهما أكثر وإلا وقفت نصيب اثنين

٣٣٠ إذا استهل المولود صارخاً : ورث وورث ، وفي معناه العطاس والتنفس والارتضاع

٣٣١ ما يدل على الحياة

« الحركة والاختلاج : فلا يدل على الحياة

« إن ظهر بعينه فاستهل ، ثم انفصل ميتاً

٣٣٢ إن ولدت توأمين ، فاستهل أحدهما ، وأشكل أقرع بينهما .

٣٣٥ باب ميراث المفقود

« إذا انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة .

٣٣٦ إن كان ظاهرها الهلاك . انتظر به تمام أربع سنين .
٣٣٧ إن مات مورثه في مدة [illegible] ،
٣٣٨ إن قدم أحد نصيبه ، وإن لم يأت فحكمه حكم ماله .
٣٣٩ لباقي الورثة أن يصطلحوا
« فوائد الأوفى إذا قدم المفقود بعد قسم ماله
٣٤٠ لكل [illegible] أخبر من وقف شيء .
« [illegible] بشكل [illegible] المفقود
« الرابعة [illegible] في المفقود في دار الكفر

٣٤١ باب ميراث الخنثى

« إن خرج ذكر أعلم الكثرة
« إن كان رجى [illegible] انكشف حاله أعطى هو ومن معه اليقين ، ووقف الباقي
٣٤٢ إن لم يكن من ذلك عوض ، أو عدم علامات بعد بلوغه
٣٤٣ إن كانا خنثيين فأكثر

٣٤٥ باب ميراث الغرقى ومن عمي موتهم

« إذا [illegible] أن يوجين أو [illegible]

٣٤٨ باب ميراث أهل الملل

٣٤٨ لا يرث [illegible] الكافر ، ولا الكافر [illegible]
« إلا أن [illegible] فيسلم [illegible]

٣٤٩ إن مات عنه بعد موت مورثه ، وقبل القسمة
٣٥٠ إن أهل الذمة تقاصوا بينهم بعضاً ، إن عفت أديانهم
« إن اختلفت أديانهم لم يتوارثوا
٣٥١ لا يرث ذمي حربياً ، ولا حربي ذمياً
« [illegible] لا يرث أحداً ، إلا أن [illegible] فيسلم قبل القسمة
٣٥٢ إن مات في ردته قتل فيء
٣٥٣ إن أسر المجوسي ، أو حاكموا إلينا

٣٥٤ باب ميراث المطلقة

« إن طلقها في مرض موته الخوف طلاقاً لا تهمة فيه . وفيه مسائل
٣٥٥ قوله الأولى إن كان متهماً بقصد حرمانها الميراث
٣٥٦ الثانية لو وكل في طلاقها من شاء
٣٥٧ الثالثة لو علقه على فعل لا بد لها منه وهو [illegible] ما دامت في العدة
٣٥٨ فإن أكره لأن [illegible] أنه في مرض أنه على ما صحح [illegible] ح
« إن قاتل في مرض موته ما صحح [illegible] ح
٣٥٩ إذا علق [illegible] في مرضه ، وتقضت عدتها ، وتزوج أربعاً سواها

٣٦١ باب الإقرار بشيء في الميراث

[illegible] أقر لورثته كلهم

٣٦١ يعتبر إقرار الزوج والمولى المعتق
« سواء كان المقربة يحجب المقر أولا يحجبه
٣٦٢ إن أقر بعضهم لم يثبت نسبه
٣٦٣ إلا أن يشهد منهم عدلان
« إذا حلف أخاً من أب، وأخاً من أم، فأقر بأخ من أخوين
٣٦٤ فلو حلف ابنين، فأقر أحدهما بأخوين.
« إن حلف ابناً فأقر بأخوين بكلام متصل.
٣٦٥ إن أقر بأحدهما بعد الآخر: أعطى الأول نصف ما في يده
« إن أقر بعض الورثة بامرأة للميت
٣٦٦ إذا قال رجل: مات أبي وأنت أخي، فقال: هو أبي ولست بأخي
« إن قال: ماتت زوجتي، وأنت أخوها، فقال: لست بزوجها
٣٦٦ نفي نسبة لا يدعيها أحد

٣٦٨ باب ميراث القاتل
« كل قتل مضمون بقصاص أو دية، أو كفارة، صغيراً كان القاتل أو كبيراً
٣٦٩ القتل قصاصاً أو حداً، أو دفعاً عن نفسه، وقتل الباغي العادل، والعادل الباغي

٣٧٠ باب ميراث المعتق بعضه
« لا يرث العبد إلا عبد مثله وارث
٣٧٠ ما كسب المعتق بعضه بحريته الحر فلورثته.
« يرث ويحجب بقدر ما فيه من الحرية
٣٧٢ إذا كان عصبتان، نصف كل واحد منهما حر، كالأخوين

٣٧٥ باب الولاء
« كل من أعتق عبده، أو أعتق عليه برحم أو كتابة فله ولاؤه
٣٧٦ من كان أحد أبويه حر الأصل، وله نسبة رق فلا ولاء عليه
٣٧٧ من أعتق سائبة، أو في ركابه، أو بدنه، أو كفارته، أو قال: لا ولاء لي عليك
٣٧٨ ما رجع من ميراثه رد في مثله
٣٧٩ من أعتق عبده عن ميت أو حي بلا أمره.
٣٨١ إن أعتقه عنه بأمره، فالولاء للمعتق عنه
٣٨٢ إذا قال: أعتقه والثمن علي، أو قال أعتقه عنك وعلي ثمنه
٣٨٣ إن قال الكافر لرجل: أعتق عبدك المسلم عني، وعلي ثمنه
« من أعتق عبداً سائبة في دينه
٣٨٤ لا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن، أو كاتبن، أو كاتب من كاتبن
٣٨٦ ولا يرث منه ذو فرض، إلا الأب والجد، إرثان السدس

٣٨٦ الولاء لا يورث

٣٨٧ إذا مات المعتق ، وخلف عتيقه وابنين

« إذا اشترى رجل وأخته أباهما أو أخاهما

٣٨٨ إذا ماتت امرأة وخلفت ابنها وعصبتها ومولاها

« إن أعتق الخدم خير ولاءهم

٣٩٠ إذا اشترى الولد عبداً ، فأعتقه ثم اشترى العتيق أبا معتقه ، فأعتقه

« وأعتق الحربي عبداً ، ثم سبي له معتقه فأعتقه الخ

٣٩١ وهو الحر ، الفائز لأنه خرج من الأخ وعاد إليه

٣٩٢ كتاب العتق

« هو من أفضل القرب

« فوائد منها أفضل عتق الرقاب

« ومنها عتق الذكر أفضل من عتق الأنثى

٣٩٣ ومنها عتق الأنثى كعتق الذكر

« « التعدد في العتق أفضل من عتق غالي الثمن

« عتق من لا قوة له ولا كسب

« فوائد الأولى لو خيف على الرقيق الزنا والفساد

٣٩٤ الثانية لو أعتق عبده أو أمته

« الثالثة يصح العتق ممن تصح وصيته

٣٩٥ صريحه لفظ العتق والحرية

٣٩٧ قوله « لا سبيل لي عليك ، ولا سلطان لي عليك ، ولا ملك لي عليك » الخ

٣٩٨ قوله لأمته « أنت طالق ، أو أنت حرام »

٣٩٩ إذا قال لعبده « أنت ابني »

٤٠٠ إن أعتق حاملا عتق جنينها ، إلا أن يستثنيه الخ

٤٠١ يعتق بالملك

٤٠٢ إن ملك ولده من الزنا

« إن ملك سهم ممن يعتق عليه بغير ميراث

٤٠٣ وعليه قيمة نصف شريكه

٤٠٥ إن كان معسراً لم يعتق عليه إلا ما ملك

٤٠٦ إن ملكه بالميراث لم يعتق منه إلا ما ملك ، موسراً كان أو معسراً

« إن مثل بعبده فجدع أنفه ، أو أذنه ونحوه

٤٠٧ فوائد إحداها : حيث قلنا يعتق بالتمثيل ؛ يكون الولاء لسيده

« الثانية هل يعتق بمجرد المثلة ، أو يعتقه عليه السلطان ؟

« الثالثة قول الشيخ تقي الدين : لو استكره المالك عبده على الفاحشة عتق عليه

٤٠٨ الرابعة مفهوم كلام المصنف ، أنه لو مثل بعبد غيره لا يعتق عليه

« الخامسة أنه لو لعن عبد لا يعتق عليه بذلك

٤٠٨ السادسة : لو وطئ جاريته الناجة
ثم لا توطأ مثلها
« فإن نقصت لحق لسيده
« إن أعتق حرثاً من عبده ، فعتقه
أو مشاعاً
٤٠٩ إن أعتق شركاً له في عبد
« عليه قيمة نصيبه يوم العتق لشركه
« إن كان معسراً لم يعتق إلا نصيبه
وبقي حق شركه فيه
٤١٠ إذا كان العبد لثلاثة : لأحدهم
نصفه وللآخر ثلثه وللثالث سدسه
« إذا أعتق الكافر عبده من مسلم
٤١١ إذا أذن كل واحد من شركين
لشريكه في عتق نصيبه منه
٤١٢ إن اشترى أحدهما نصيب صاحبه
« إذا قال أحد الشركين إذا أعتقت
نصيبك فنصيبي حر
« إذا قال إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبي
حر مع نصيبك
٤١٣ يصح تعليق العتق بالصفات كدخول
الدار ، ومجيء الأمطار
٤١٤ له بيعه ، وهبته ، ووقفه
« إن عاد إليه : عادت الصفة إلا أن
يكون قد وجدت منه في حال
زوال ملكه
٤١٥ تبطل الصفة بموته
٤١٧ إن قال : إن ملكتك فلاناً ، فهو
حر ، الخ
٤١٨ إن قاله العبد : لم يصح
٤١٩ إن قال لآخر مملوك اشتريه فهو حر
٤٢٠ إن قال لأمته حر ولد بديه
فهو حر
« إن ولدت توأمين ، فأشكل الآخر
منهما
٤٢١ هل يتبع ولد المعتقة بالصفة أمه في
العتق ؟
٤٢٢ إذا قال لعبده : أنت حر وعليك
ألف ، أو على ألف
٤٢٣ إن قال : أنت حر على أن تخدمني
سنة
٤٢٤ فوائد . الأولى : لو استثنى نفعه
مدة معلومة
« الثانية : لو مات السيد في أثناء
السنة الخ
« يجوز للسيد بيع هذه الخدمة
٤٢٥ الرابعة : لم يذكر الأصحاب مالو
استثنى السيد خدمته مدة حياته
« الخامسة . لو باعه نفسه عال في يده
« السادسة : لو قال : إن أعطيتني
ألفاً ، فأنت حر
٤٢٦ إن قال : كل مملوك لي حر : عتق
عليه مدبروه الخ
٤٢٧ إن قال أحد عبدي حر أو ع
منهما
٤٢٨ إن أعتق عبداً ، ثم ادعى أحدهما
رقه

٤٢٨ إن أعتق حرءاً من عبده فى مرضه أو دبره
٤٢٩ إن أعتق شركا له فى عبد ، أو دبره
« إن أعتق فى مرضه ستة أعبد ، قيمتهم سواء
٤٣٠ إن أعتقهم وأعتق ثلثهم ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه الخ
« إن اعتق واحداً من ثلاثة أعبد ، فمات أحدهم فى حياته
٤٣١ إن أعتق الثلاثة فى مرضه ، فمات أحدهم فى حياة السيد
٤٣٢ باب التدبير
« هو تعليق العتق بالموت ، يعتبر من الثلث ، يصح من كل من تصح وصيته
٤٣٣ صريحه : لفظ العتق والحرية بالموت ، الخ
« يصح مطلقاً ومقيداً
« إن قال متى شئت فأنت مدبر
« إن قال إن شئت فأنت مدبر
٤٣٤ إن قال : قد رجعت فى تدبيرى ، أو أبطلته
٤٣٧ له بيع المدبر وهبته
٤٣٩ إن عاد إليه عاد التدبير
« ماولدت المدبرة ، بعد تدبيرها : فهو بحرلتها
٤٤٠ لايتبعها ولدها قبل التدبير
٤٤١ له إصابة مدبرته
٤٤٩ إذا كاتب المدبر ، أو دبر المكاتب
٤٤٢ فلو أدى عتق ، وإن مات سيده قبل الأداء عتق
٤٤٣ إذا دبر شركا له فى عبد
« إذا أسلم مدبر الكافر : لم يقر فى يده
٤٤٤ من أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين
٤٤٥ إذا قتل المدبر سيده
٤٤٦ باب الكتابة
« هى بيع العبد نفسه بمال فى ذمته ، وهى مستحبة لمن يعلم فيه خيراً
٤٤٧ من تكره كتابته ممن لا كسب له
٤٤٨ إن كاتب المعزعبده بإذن وليه الخ
« إن كاتب السيد عبده المميز : صح
« لا تصح إلا بالقبول ، وتنعقد بقوله « كاتبتك على كذا الخ
٤٤٩ لاتصح إلا على عوض معلوم
٤٥١ تصح على مال وخدمة ، سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت
« إن أدى ما كوتب عليه أو أبرىء منه عتق
٤٥٢ فلو مات قبل الأداء : كان مافى يده لسيده
« إذا عجزت الكتابة قبل حلها لزم السيد الأخذ
٤٥٤ إذا أدى ، وعتق ، فوجد السيد بالعوض عيباً الخ

٤٥٥ يملك المكاتب السفر

« إن شرط عليه أن لا يسافر ، ولا يأخذ الصدقة . فهل يصح الشرط ؟

٤٥٦ ليس له أن يتزوج ، ولا يتسرى ، ولا يتبرع ولا يقرض ولا يحابي الخ

٤٥٩ وولاء من يعتقه ومكاتبه لسيده

٤٦٠ لا يكفر بالمال

٤٦١ هل له أن يرهن ، أو يضارب عليه ؟

٤٦٢ ليس له شراء شيء برحمه ، إلا بإذن سيده

« له أن يقاسم إذا وهبوا له ، أو أوصى له بهم ، إذا لم يكن فيه ضرر عليه

٤٦٣ ومن ملكهم لم يكن له بيعهم ، وله كسبهم الخ

٤٦٤ كذلك الحكم في ولد من أمته

« ولد المكاتبة الذي ولدته في الكتابة تبعها

٤٦٥ إن استولد أمته ، فهل تصير أم ولد تمنع عليه بيعها ؟

« لا يبيعه درهماً بدرهمين

٤٦٦ إن حبسه مدة ، عليه أرفق الأمرين به

« ليس له وطء مكاتبة إلا أن يشترط

٤٦٧ إن وطئها ولم يشترط ، أو وطئ أمتها : فلها عليه المهر

« يؤدب ولا يبلغ به الحد

٤٦٧ متى ولدت منه : صارت أم ولد له وولده حر ، سواء وطئها بشرط أو بغيره

٤٦٨ إن أدت عتقت وإن ماتت قبل أدائها : عتقت وسقط ما بقي من كتابتها

« وله في بدنها ما ، إلا أن يكون قد عجزها

« حكمك الحكم فيما إذا أعتق المكاتب عبده

٤٦٩ إن كاتب الشريكان جاريتهما ، ثم وطئها فلها المهر على كل واحد منهما ، وإن ولدت من أحدهما : صارت ولد له

« يغرم لشريكه نصف قيمتها

٤٧٠ هل يغرم نصف قيمة ولدها ؟

« حول بيع المكاتب

٤٧١ إن اشترى كل واحد من المكاتبين الآخر ، صح شراء الأول ، وبطل شراء الثاني ، سواء كانا لواحد أو اثنين

« إن أسر العدو المكاتب ، فاشتراه رجل فأعجب سيده أخذه بما اشتراه وإلا فهو عبد مشتريه يبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالأداء ، وولاؤه له

٤٧٢ ان جنى على سيده ، أو أجنبي : فعليه فداء نفسه

٤٧٣ إن كانت على أجنبي ، فقد ما سيده ، وإلا فسخت الكتابة وبيع في الجناية فيئاً

« الواجب في الفداء أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته

٤٧٤ إن لزمته ديون تعلقت بذمته يتبع بها بعد العتق

٤٧٥ الكتابة عقد لازم من الطرفين لا يدخلها خيار

« يعتق بالأداء إلى سيده أو إلى من يقوم مقامه من الورثة

٤٧٦ فإن حل نجم فلم يؤده ، فلسيده الفسخ وإنه لا يعجز حتى يحل نجمان ، أو قد عجز

٤٧٧ وليس للعبد فسخها

« لو تزوج ابنته من مكاتبه ثم مات انفسخ النكاح

« يجب على سيده أن يؤتيه ربع مال الكتابة إن شاء وضعه عنه ، وإن شاء قبضه ثم دفعه إليه

٤٧٨ إن أدى ثلاثة أرباع المال ، وعجز عن الربع ، عتق ، ولم تنفسخ الكتابة في قول القاضي وأصحابه

٤٨٠ إن كاتب عبيداً له كتابة واحدة بعوض واحد الخ

٤٨١ إن اختلفوا بعد الأداء في قدر ما أدى كل واحد منهم

٤٨١ يجوز له أن يكاتب بعض عبيده ، فإذا أدى عتق كله

« يجوز كتابة حصته من العبد المشترك بغير إذن شريكه

٤٨٢ فإذا أدى ما كوتب عليه ومثله لسيده الآخر عتق كله

« إن أعتق شريك قبل أدائه عتق عليه كله إن كان موسراً وعليه قيمة نصيب الكاتب

٤٨٣ إن كاتبا عبدهما : جاز ، سواء كان على التساوي أو التفاضل الخ

٤٨٥ إن اختلفا في الكتابة ، فالقول قول من ينكرها

٤٨٦ إن اختلفا في قدر عوضها ، فالقول قول السيد

« إن اختلفا في وفاء مالهما فالقول قول السيد

« فإن أقام العبد شاهداً ، وحلف معه أو شاهداً وامرأتين : ثبت الأداء وعتق

٤٨٧ الكتابة الفاسدة ، مثل أن يكاتبه على خمر أو خنزير : يغلب فيها حكم الصفة

٤٨٨ تنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر للسفه

٤٨٩ إن فضل الأداء فضل فهو لسيده

« هل يتبع المكاتبة ولدها فيها ؟

٤٩٠ باب أحكام أمهات الأولاد

« إذا علقت الأمة من سيدها فوضعت منه ما تبين فيه بعض خلق الإنسان : صارت بذلك أم ولد

« فإذا مات : عتقت ، وإن لم يملك غيرها .

٤٩١ إن وضعت جسما لا تخطيط فيه ، مثل المضغة

٤٩٢ إن أصابها في ملك غيره بنكاح أو غيره ، ثم ملكها حاملا عتق الجنين ولم تصر أم ولد

٤٩٤ أحكام أم الولد : أحكام الأمة في الإجارة والاستخدام والوطء وسائر أمورها

٤٩٥ ثم إن ولدت من غير سيدها : فولدها حكمها في العتق بموت سيدها ، سواء عتقت أو ماتت قبله

٤٩٧ إن مات سيدها ، وهي حامل منه . فهل تستحق النفقة لمدة حملها ؟

« إذا جنت أم الولد ، فداها سيدها بقيمتها أو دونها

٤٩٨ إن عادت فجنت فداها أيضاً

٤٩٩ إن قتلت سيدها عمداً فعليها القصاص

« فإن عفوا على مال ، وكانت الجناية خطأ

٥٠٠ وتعتق في الموضعين

« لا حد على قاذفها

٥٠١ إذا أسلمت أم ولد الكافر ، أو مدبرته : منع من غشيانها وحيل بينه وبينها

٥٠٢ أجبر على نفقتها إن لم يكن لها كسب

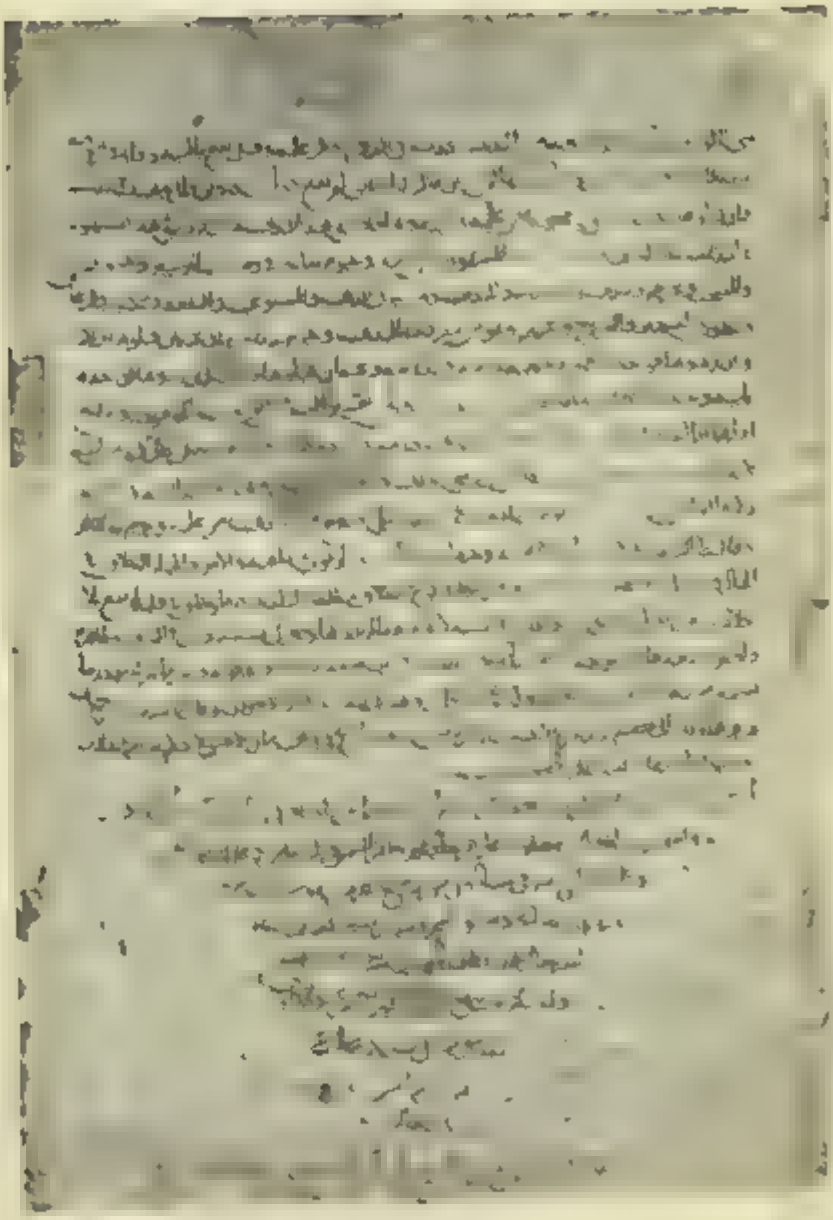
« إذا وطىء أحد الشركين الجارية . فأولدها : صارت أم ولد له . وولده حر وعليه قيمة نصيب شريكه

٥٠٣ إن كان معسراً : كان في ذمته

« إن وطئها الثاني بعد ذلك ، فأولدها ، فعليه مهرها

« إن أعتق أحدهما نصيبه بعد ذلك

٥٠٤ وهو موسر ، فهل يقوم عليه نصيب شريكه ؟



الصفحة الأخيرة من الجزء الثالث من نسخة مكتبة طلعت بدار الكتب المصرية .
وهى مكتوبة عن نسخة المؤلف ، وفى حياته .

وهى النسخة التى عثرنا عليها نتيجة بحث الأخ فؤاد السيد أمين المخطوطات

الإنصاف

في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل

تأليف شيخ الإسلام العلامة الفقيه المحقق

علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي

الحنبلي تغمده الله برحمته

صححه وحققه

محمد حامد الفقي

الجزء السابع

الطبعة الأولى

على نسخة بخط المؤلف

حق الطبع محفوظ

١٧ شعبان ١٣٧٦ هـ — ١٩ مارس ١٩٥٧ م

مطبعة السنة المحمدية

١٧ شارع شريف باشا الكبير – القاهرة

ت ١٧ ٧٩

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوقف

قوله ﴿ وهُوَ تحْبِيسُ الأَصْلِ وَتَسْبِيلُ المَنْفَعَةِ ﴾ .

وكذا قال في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافي ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم .

قال الزركشي : وأراد ـ مَنْ حَدَّ بهذا الحدّ ـ مع شروطه المعتبرة وأدخل غيرهم الشروط في الحد انتهى

وقال في المطلع : وحدّ المصنف لم يجمع شروط الوقف وحدّه غيره فقال تحبيس مالك مطلق التصرف مالهُ المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف في رقبته ، يصرف ريعه إلى جهة برّ ، تقرباً إلى الله تعالى انتهى

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وأقرب الحدود في الوقف : أنه كل عين تجوز عاريتها

فأدخل في حده أشياء كثيرة ، لا يجوز وقفها عند الإمام أحمد رحمه الله ، والأصحاب . يأتي حكمها

قوله ﴿ وفيه رِوَايَتَانِ إِحْدَاهُمَا : أَنَّه يَحْصُلُ بالقَوْلِ والْفِعْلِ الدَّالِ عَلَيْهِ ﴾ .

كما مثّل به المصنف . وهذا المذهب .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق ، وغيرهم هذا ظاهر المذهب

قال الحارثي : مذهب أبي عبد الله رحمه الله انعقاد الوقف به وعليه الأصحاب . انتهى

وجزم به في الجامع الصغير ، ورءوس المسائل للقاضي ، ورءوس المسائل

لأبي الخطاب ، والكافي ، والعمدة ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في الفروع وغيره .

والرواية الأخرى . لا يصح إلا بالقول وحده . كما مثل المصنف . ذكرها القاضي في المجرد . واختاره أبو محمد الجوزي .

ومنع المصنف دلالتها . وجعل المذهب رواية واحدة . وكذلك الحارثي .

فائدة : قال في المطلع : السقاية ـ بكسر السين ـ الذي يتخذ فيه الشراب في المواسم ، وغيرها . عن ابن عباد . قال : والمراد هنا بالسقاية : البيت المبني لقضاء حاجة الإنسان . سمي بذلك تشبيهاً بذلك .

قال : ولم أره منصوصاً عليه في شيء من كتب اللغة والغريب . إلا بمعنى موضع الشراب ، وبمعنى الصُّواع . انتهى .

قال الحارثي : أراد بالسقاية : موضع التطهر وقضاء الحاجة ، بقيد وجود الماء . قال : ولم أجد ذلك في كتب اللغويين . وإنما هي عندهم مقولة بالاشتراك على الإناء الذي يسقى به ، وعلى موضع السقي . أي المكان المتخذ به الماء . غير أن هذا يقرب ما أراد المصنف بقوله « وشرعها » أي فتح بابها . وقد يريد به معنى الورود . انتهى .

قلت : لعله أراد أعم مما قالا . فيدخل في كلامه : لو وقف حانية للماء على الطريق ، ونحوه . وبنى عليها ، ويكون ذلك تسبيلا له . وقد صرح بذلك المصنف في المغني ، وغيره .

قال الزركشي : لو وقف سقاية : ملك الشرب منها . لكن يرد على ذلك قوله « ويشرعها لهم » .

تنبيه : قوله ﴿ مِثْلَ أَنْ يَبْنِيَ مَسْجِدًا ﴾

أي : يبني بنياناً على هيئة المسجد

﴿ وَيَأْذَنُ لِلنَّاسِ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ ﴾

أى إذنًا عامًا لأن الإذن الخاص قد يقع على غير الموقوف . فلا يفيد دلالة الوقف . قاله الحارثى

قوله ﴿ وَصَرِيحُهُ : وَقَفْتُ ، وَحَبَّسْتُ ، وَسَبَّلْتُ ﴾ .

وقفت ، وحبست : صريح فى الوقف ، بلا نزاع . وهما مترادفان ، على معنى الاشتراك فى الرقبة عن التصرفات المزيلة للملك .

وأما « سبلت » فصريحة على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب

وقال الحارثى : والصحيح أنه ليس صريحًا . لقوله عليه الصلاة والسلام « حَبِّسِ الأصلَ ، وسَبِّلِ الثمرة » .

فاير بين معنى « التحبيس » و « التسبيل » فامتنع كون أحدهما صريحًا فى الآخر

وقد علم كون الوقف : هو الإمساك فى الرقبة عن أسباب التملكات والتسبيل : إطلاق التمليك . فكيف يكون صريحًا فى الوقف ؟ انتهى .

قوله ﴿ وَكِنَايَتُهُ : تَصَدَّقْتُ ، وَحَرَّمْتُ ، وَأَبَّدْتُ ﴾

أما « تصدقت ، وحرمت » فكناية فيه بلا خلاف أعلمه

وأما « أبدت » فالصحيح من المذهب : أنها من ألفاظ الكناية ، وعليه جماهير الأصحاب وقطع به الأكثر

وذكر أبو الفرج أن « أبدت » صريح فيه .

قوله ﴿ فَلَا يَصِحُّ الوَقْفُ بِالكِنَايَةِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ ﴾ بلا نزاع .

﴿ أَوْ يَقْرِنَ بِهَا أَحَدَ الأَلْفَاظِ البَاقِيَةِ ﴾

يعنى : الألفاظ الخمسة من الصريح والكناية

﴿ أَوْ حُكْمَ الوَقْفِ ، فَيَقُولُ : تَصَدَّقْتُ صَدَقَةً مَوْقُوفَةً ، أَوْ مُحَبَّسَةً ،

أَوْ مُسَبَّلَةً ، أَوْ مُحَرَّمَةً ، أَوْ مُؤَبَّدَةً ، أَوْ لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ ، وَلَا تُورَثُ

وهذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب .

وذكر أبو الفرج : أن قوله « صدقة موقوفة ، أو مؤبدة ، أو لا تباع » كناية

وقال الحارثي : إضافة « التسبيل » بمجرده إلى « الصدقة » لا يفيد زوال الاشتراك . فإن « التسبيل » إنما يفيد ما تفيده الصدقة ، أو بعضه . فلا يفيد معنى زائداً

وكذا لو اقتصر على إضافة « التأبيد » إلى « التحريم » لا يفيد الوقف ، لأن التأبيد قد يريد به دوام التحريم فلا يخلص اللفظ عن الاشتراك . قال : وهذا الصحيح انتهى

وقد قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : لو جعل علو بيته أو سفله مسجداً صح وكذا لو جعل وسط داره مسجداً ، ولم يذكر الاستطراق صح ، كالبيع .

قال في الفروع فيتوجه منه الاكتفاء بلفظ يشعر بالمقصود . وهو أظهر على أصلنا فيصح « جعلت هذا للمسجد » أو « في المسجد » ونحوه وهو ظاهر نصوصه .

وصحح في رواية يعقوب : وقف من قال « قريتي التي بالثغر لموالي الذين به ، ولأولادهم » قاله شيخنا

وقال : إذا قال واحد ، أو جماعة « جعلت هذا المكان مسجداً ، أو وقفاً » صار مسجداً ، ووقفاً بذلك . وإن لم يكملوا عمارته

وإذا قال كل منهم « جعلت ملكي للمسجد » أو « في المسجد » ونحو ذلك صار بذلك حقاً للمسجد . انتهى .

فائدتان

إحداهما : إذا قال « تصدقت بأرضي على فلان — وذكر معيناً ، أو معينين — والنظر لي أيام حياتي . أو لفلان ، ثم من بعده لفلان » كان مفيداً للوقف . وكذا لو قال « تصدقت به على فلان ثم من بعده على ولده ، أو على فلان » أو « تصدقت به على قبيلة كذا » أو « طائفة كذا » كان مفيداً للوقف لأن ذلك لا يستعمل فيما عداه . فالشركة منتفية .

الثانية : لو قال « تصدقت بداري على فلان » ثم قال بعد ذلك « أردت الوقف » ولم يصدقه فلان . فقبل قول المتصدق في الحكم . لأنه مخالف للظاهر .

قلت : فيعاني به .

قوله (ولا يصحّ إلاّ بشُرُوطٍ أربعةٍ أحدُها : أنْ يكون في عَيْنٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَيُمْكِنُ الانْتِفَاعُ بها دائماً مع بقاء عَيْنِهَا)

يعني في العرف كالإجارة وهذا المذهب وعليه الأصحاب .

واعتبر أبو محمد الجوزي بقاء متطاولاً أدناه . عمر الحيوان .

قوله (كَالْعَقَارِ ، والْحَيَوانِ ، وَالْأَثَاثِ ، والسِّلاَحِ) .

أما وقف غير المنقول : فيصح بلا نزاع .

وأما وقف المنقول — كالحيوان ، والأثاث ، والسلاح ، ونحوها —

فالصحيح من المذهب : صحة وقفها وعليه الأصحاب ونص عليه .

وعنه : لا يصح وقف غير العقار نص عليه في رواية الأثرم ، وحنبل

ومنع الحارثي دلالة هذه الرواية ، وجعل المذهب رواية واحدة

ونقل المروذي : لا يجوز وقف السلاح ذكره أبو بكر

وقال في الإرشاد : لا يصح وقف الثياب .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ وَقْفُ الشَّاعِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب غالبة .

وفي طريقة بعض الأصحاب وجه من عدم صحة إجارة الشاع : لعدم صحة وقفه

فائدة : قال في الفروع : يتوجه أن الشاع لو وقفه مسجداً ثبت فيه حكم المسجد في الحل ، فيسع من الجنب ثم القسمة متعينة هنا ، لتعيين طريقاً للانتفاع بالموقوف انتهى .

وكذا ذكره في الصلاح

قوله ﴿ وَيَصِحُّ وَقْفُ الحُلِيِّ لِلَّبْسِ والعارية ﴾ .

هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب

قال المصنف وغيره هذا المذهب

قال الخرقي هذا الصحيح

وذكره صاحب التلخيص عن عامة الأصحاب .

واختاره القاضي ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، في آخرين وتقي الحق ، وجزم به في الوجيز وغيره وقدمه في الفروع في الحلي وغيره

وعنه : لا يصح اختاره ابن أبي موسى ذكره الخرقي وتأوله القاضي ، وابن عقيل .

قال في التلخيص : وهذه رواية مبنية على ما حكيناه عنه في المنع في وقف المقول ، وأطلقهما في الرعاية

فائدة لو أطلق وقف الحلي ، يصح قطع به في الفائق

قلت : لو قيل بالصحة ، ويصرف إلى اللبس والعارية ، لكان متجهاً وله نظائر .

قوله ﴿ ولا يَصِحُّ وَقْفُ غيرِ مُعَيَّنٍ ، كأَحَدِ هَذَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب ، وعليه الأصحاب

وقال في التنقيح : ويحتمل أن يصح ، كالعتق

ونقل جماعة عن الإمام أحمد رحمه الله - فيمن وقف داراً ولم يحدها - قال : يصح ، وإن لم يحدها ، إذا كانت معروفة . اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله

فعلى الصحة : يحتج المنهي بالقرعة . قاله الحارثي ، وصاحب الرعاية ، وغيرهم

قوله ﴿ ولا يَصِحُّ وَقْفُ مالا يُخْتَرُ بَيْعُهُ ، كأُمِّ الوَلَدِ والكَلْبِ ﴾

أي أم الولد : فالصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب : أنه لا يصح وقفها ، قطع به في المغني ، والشرح ، وشرح الحارثي ، والفروع وغيرهم .

وقيل : يصح ، قاله في الفائق .

وأطلقهما في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير

قلت : فيحتمل مراد القائل بذلك : إذا قيل بجواز بيعها ، أو أنه يصح مادام سيدها حياً على قول آتي

ثم وجدت صاحب الرعاية الكبرى قال : وفي أم الولد وجهان

قلت : إن صح بيعها صح وقفها ، وإلا فلا انتهى

لكن ينبغي على هذا أن يصح وقفها قولاً واحداً

وعند الشيخ تقي الدين رحمه الله - لا يصح وقف مدبر أم الولد في حياته

فائدتان

إحداهما : قال الحارثي : المكاتب - إن قيل يصح بيعه - فكأم الولد .

وإن قيل بالجواز - كما هو المذهب - فمقتضى ذلك صحة وقفه . ولكن إذا أدى هل يبطل الوقف ؟ يحتمل بطلانه انتهى

الثانية : حكم وقف المدبر حكم بيعه . على ما مر في بابه . ذكره في الرعايتين ، والزركشي وغيرهم .

وأما « الكلب » فالصحيح من المذهب : أنه لا يصح وقفه . وعليه الأصحاب . لأنه لا يصح بيعه .

وقال الحارثي في شرحه : وقد تخرج الصحة من جواز إعارة الكلب المعلّم كما خرج جواز الإجارة لحصول نقل منفعة ، والمنفعة مستحقة بغير إشكال ، فجاز أن تنقل

قال : والصحيح اختصاص النهي عن البيع بما عدا كلب الصيد ، بدليل رواية حماد بن سلمة عن ابن الزبير ، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ، والسنور ، إلا كلب الصيد » والإسناد جيد . فيصح وقف المعلم لأن بيعه جائز .

وفي معناه جوارح الطير ، وسباع البهائم الصيادة يصح وقفها ويجوز بيعها ، بخلاف غير الصيادة .

ومر في المذهب رواية بامتناع بيعها — أعني الصيادة — فيمتنع وقفها ، والأول أصح انتهى

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله . يصح وقف الكلب المعلّم ، والجوارح المعلّمة ، وما لا يقدر على تسليمه

قوله ﴿ وَلَا مَالَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ دَائِمًا ، كَالْأَثْمَانِ ﴾ .

إذا وقف الأثمان . فلا يخلو إما أن يقفها للتحلي والوزن ، أو غير ذلك

فإن وقفها للتحلي والوزن ، فالصحيح من المذهب : أنه لا يصح ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . وهو ظاهر ما قدمه في المغني ، والشرح

قال الحارثي : وعدم الصحة أصح

وقيل : يصح قياساً على الإجارة

قال في التلخيص : إن وقفها للزينة بها فقياس قولنا في الإجارة أنه يصح .

فعلى هذا . إن وقفها وأطلق : بطل الوقف على الصحيح

وقيل : يصح ، ويحمل عليهما .

وإن وقفها لغير ذلك : لم يصح . على الصحيح من المذهب .

وقال في الفائق وعنه : يصح وقف الدراهم . فينتفع بها في القرض ونحوه . اختاره شيخنا . يعني به الشيخ تقي الدين رحمه الله .

وقال في الاختيارات : ولو وقف الدراهم على المحتاجين : لم يكن جواز هذا بعيداً

فائدتان

إحداهما : لو وقف قنديل ذهب ، أو فضة على مسجد لم يصح . وهو باق على ملك ربه فيزكيه . على الصحيح من المذهب

وقيل : يصح فيكسر ويصرف في مصالحه اختاره المصنف

قلت : وهذا هو الصواب .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لو وقف قنديل نقد للنبي صلى الله عليه وسلم : صرف لجيرانه صلى الله عليه وسلم فيمنه

وقال في موضع آخر : النذر للقبور هو للمصالح ، ما لم يعلم ربه ، وفي الكفارة الخلاف . وإن من الحسن صرفه في نظيره من المشروع .

ولو وقف فرساً بسرج ولجام مفضض : صح . نص عليه تبعاً .

وعنه : تباع الفضة وتصرف في وقف مثله

وعنه : تنفق عليه

الثانية : قال في الفائق : ويجوز وقف الماء . نص عليه .

قال في الفروع ، وفي الجامع : يصح وقف الماء . قال الفضل : سألته عن وقف الماء ؟ فقال : إن كان شيئاً استجاروه بينهم جاز

وحمله القاضي وغيره على وقف مكانه .

قال الحارثي : هذا النص يقتضي تصحيح الوقف لنفس الماء ، كما يفعله أهل دمشق . يقف أحدهم حصة أو بعضها من ماء النهر . وهو مشكل من وجهين

أحدهما : إثبات الوقف فيما يملكه بعد . فإن الماء يتجدد شيئاً فشيئاً .

الثاني : ذهاب العين بالانتفاع .

ولكن قد يقال : بقاء مادة الحصول من غير تأثر بالانتفاع بتنزل منزلة بقاء أصل العين مع الانتفاع .

ويؤيد هذا . صحة وقف البئر . فإن الوقف وارد على مجموع الماء والحفيرة . فالماء أصل في الوقف وهو المقصود من البئر . ثم لا أثر لذهاب الماء بالاستعمال ، لتجدد بدله . فهنا كذلك فيجوز وقف الماء كذلك . انتهى .

قوله ﴿ وَالْمَطْعُومُ وَالرَّيَاحِينُ ﴾ .

يعني : لا يصح وقفها وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لو تصدق بدهن على مسجد ليوقد فيه : جاز وهو من باب الوقف . وتسميته وقفاً ـ بمعنى أنه وقف على تلك الجهة لا ينتفع به في غيرها ـ لا تأباه اللغة وهو جار في الشرع .

وقال أيضاً : يصح وقف الريحان لتشمه أهل المسجد .

قال : وطيب الكعبة[1] حكمه حكم كسوتها فعلم أن التطييب منفعة مقصودة لكن قد يطول مدة التطييب وقد تقصر ، ولا أثر لذلك

قال الحارثي . وما يبقى أثره من الطيب ـ كالند والصندل ، وقطع الكافور ـ بشم ، بيض وغيره : فيصح وقفه على ذلك ، بقائه مع الانتفاع . وقد صحت إجارته لذلك فصح وقفه . انتهى

وهذا ليس داخلاً في كلام المصنف .

والظاهر : أن هذا من المتفق على صحته لوجود شروط الوقف .

قوله ﴿ الثَّانِي . أَنْ يَكُونَ عَلَى بِرٍّ ﴾ .

---

(١) ضاع من هنا ورقة من نسخة المصنف

وسواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً . نص عليه الإمام أحمد رحمه الله . كالمساكين والمساجد والقناطر والأقارب . وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : يصح الوقف على مباح أيضاً

وقيل : يصح على مباح ومكروه

قال في التلخيص : وقيل : المشترط أن لا يكون على جهة معصية ، سواء كان قربة وثواباً ، أو لم يكن انتهى

فعلى هذا : يصح الوقف على الأغنياء

فعلى المذهب . اشتراط العزوبة باطل . لأن الوصف ليس قربة ، وتمييز الغني عليه .

وعلى هذا هل يلغو الوصف ويعم ، أو يلغو الوقف ، أو يفرق بين أن يقف ويشترط ، أو يذكر الوصف ابتداء . فيلغى في الاشتراط ويصح الوقف ؟

يحتمل أوجهاً قاله في الفائق

فائدتان

إحداهما : أبطل ابن عقيل وقف الستور لغير الكعبة لأنه بدعة وصححه ابن الزاغوني فيصرف لمصلحة نقله ابن الصيرفي عنهما

وفي فتاوى ابن الزاغوني : المعصية لا تنعقد

وأفتى أبو الخطاب بصحته ، وينفق ثمنها على عمارته ولا يستر لأن الكعبة خصت بذلك . كالطواف .

الثانية : يصح وقف عبده على حجرة النبي صلى الله عليه وسلم لإخراج ترابها وإشعال قناديلها وإصلاحها ، لا لإشعالها وحده ، وتعليق ستورها الحرير ، والتعليق وكنس الحائط ونحو ذلك ذكره في الرعاية[1]

(١) الستور لغير الكعبة محرمة . كما ذكر في سطور وكل ذلك مما أحدثه الجاهليون مشاقة لله ورسوله . واتباع لغير سبيل المؤمنين

قوله ﴿ مُسْلِمِينَ كَانُوا أَوْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ ﴾

يعني : إذا وقف على أقاربه من أهل الذمة : صح . وهذا المذهب . نص عليه وعليه الأصحاب قاطبة .

تنبيهان

أحدهما : قد يقال : مفهوم كلام المصنف أنه لا يصح الوقف على ذمي ، غير قرابته . وهذا أحد الوجهين . وهو مفهوم كلام جماعة - منهم . صاحب الوجيز ، والتلخيص وقدمه في الرعايتين - ومال إليه الزركشي .

وقيل : يصح على الذمي ، وإن كان أجنبيًا من الواقف وهو الصحيح من المذهب . جزم به في المغني ، والكافي ، والمحرر ، والشرح ، والمنتخب ، وعيون المسائل وغيرهم .

قال في الفائق : ويصح على ذمي من أقاربه . نص عليه ، وعلى غيره ، من معين . في أصح الوجهين دون الجهة . انتهى .

وهو ظاهر ما قطع به الخرقي .

وأطلق الوجهين في الحاوي الصغير .

وقال الحلواني : يصح على الفقراء منهم دون غيرهم

وصحح في الواضح صحة الوقف من ذمي عليه دون غيره

الثاني : قال الخرقي قال الأصحاب : من وقف على من يمثل الكنائس ، والبيع من عمارة والمتعبدين : صح

قالوا : لأن هذا الوقف عليهم ، لا على البقعة والصدقة عليهم جائزة وصالحة للقربة وجزم به في المغني ، والشرح ، وغيرهما .

قال الخرقي : إن حبس أهل الذمة ، فوقف على فقرائهم : لم يصح انتهى .

وقال في الواضح : وفي المنتخب ، وغيره يصح على عمارة بيعهم ، يعني من أهل الذمة

وقاله في المغني في بناء بيت يسكنه المختار منهم .

ولم أر ما قال عنه صاحب الرعاية فيهما في مطلبه ، بل قال : ويصح منهما على ذمي بهما أو بنزلهما ، أو يختار ، راجلاً أو راكباً .

قوله ﴿ ولا يَصِحُّ عَلَى الكَنَائِسِ وبُيُوتِ النَّارِ ﴾ .

وكذا البيع . وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب ونص عليه في الكنائس والبيع .

وفي المؤجر رواية . على الكنيسة والبيعة كما مر بهما

فوائد

الأولى : الذمي كالمسلم في عدم الصحة في ذلك على الصحيح من المذهب فلا يصح وقف الذمي على الكنائس والبيع وبيوت النار ، ونحوها ، ولا على مصالح شيء من ذلك ، كالمسلم نص عليه . وقطع به الحارثي وغيره .

قال المصنف : لا نعلم فيه خلافاً

وصحح في الواضح وقف الذمي على البيعة والكنيسة

وتقدم كلامه في وقف الذمي على الذمي .

الثانية : الوصية كالوقف في ذلك كله على الصحيح من المذهب قدمه في الفروع .

وقيل : من كافر .

وقال في الانتصار : لو نذر الصدقة على ذمية لزمه .

وذكر في المذهب وغيره يصح للكل وذكره جماعة رواية

وذكر القاضي صحتها بحصير وقناديل

قال في التبصرة : إن وصى بما لا معروف فيه ولا بر ككنيسة أو كتب التوراة لم يصح وعنه يصح

الثالثة . لو وقف على ذمى ، وشرط استحقاقه مادام كذلك ، فأسلم : استحق ما كان يستحقه قبل الإسلام ، ولغى الشرط . على الصحيح من المذهب . وقطع به كثير من الأصحاب . وصحح ابن عقيل فى الفنون هذا الشرط .

وقال : لأنه إذا وقفه على الذمى من أهله دون المسلم لم لا يجوز شرط لهم حال الكفر . فأى فرق ؟

قوله ﴿ وَلَا عَلَى حَرْبِيٍّ ، أَوْ مُرْتَدٍّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وأكثرهم قطع به ، منهم صاحب المغنى ، والرعاية ، والفروع ، وغيرهم من الأصحاب .

وقال الحارثى : هذا أحد الوجهين

قال فى المجرد — فى كتاب الوصايا — : إذا أوصى مسلم لأهل قريته أو قرابته : لم يتناول كافرهم إلا بتسميته .

قال فى المحرر : والوقف كالوصية فى ذلك كله .

قال الحارثى : فصححه على الكافر القريب[1] والمعين . قال . وهو الصحيح ، لكن بشرط أن لا يكون مقاتلا ، ولا مخرجاً للمسلمين من ديارهم ، ولا مظاهراً للأعداء على الإخراج . انتهى .

وقواه بأدلة كثيرة .

قوله ﴿ وَلَا يَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وهو ظاهر كلام الخرقى .

قال فى الفصول : هذه الرواية أصح

قال الشارح : هذا أقيس

قال فى الرعايتين : ولا يصح على نفسه ، على الأصح

---

(١) هنا تنتهى الورقة الضائعة من نسخة المصنف التى خطه .

قال الحارثي : وهذا الأصح عند أبي الخطاب ، وابن عقيل ، والمصنف ، وقطع به ابن أبي موسى في الإرشاد . وأبو الفرج الشيرازي في المنهج ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم .

نقل حنبل ، وأبو طالب : ما سمعت بهذا . ولا أعرف الوقف إلا ما أخرجه الله تعالى .

واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وقدمه في الفروع ، وشرح ابن رزين ، والحاوي الصغير .

والرواية الثانية : يصح . نص عليه في رواية إسحاق بن إبراهيم ، ويوسف ابن أبي موسى ، والفضل بن زياد .

قال في المذهب ، ومسبوك الذهب : صح في ظاهر المذهب .

قال الحارثي : هذا هو الصحيح .

قال أبو المعالي في النهاية ، والخلاصة : يصح على الأصح .

قال الناظم : يجوز على المنصور من نص الإمام أحمد رحمه الله .

وصححه في التصحيح ، وإدراك الغاية .

قال في الفائق : وهو المختار .

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله .

ومال إليه صاحب التلخيص ، وجزم به في المنور ، ومنتخب الأدمي .

وقدمه في الهداية ، والمستوعب ، والهادي ، والفائق ، وغيرهم .

وقدمه المجد في مسودته على الهداية ، وقال : نص عليه .

قال المصنف — وتبعه الشارح ، وصاحب الفروع — : اختاره ابن أبي موسى .

وقال ابن عقيل : هي أصح .

قلت : الذي رأيته في الإرشاد والفصول : ما ذكرته آنفا . ولم يذكر المسألة في التذكرة . فلعلهما اختاراه في غير ذلك . لكن عبارته في الفصول موهمة

قلت : وهذه الرواية عليها العمل في زماننا وقبله ، عند حكامنا من أزمنة متطاولة . وهو الصواب . وفيه مصلحة عظيمة وترغيب في فعل الخير وهو من محاسن المذهب .

وأطلقهما في المغني ، والكافي ، والمحرر ، وشرح ابن منجا ، والنظم ، وتجريد العناية .

فعلى المذهب : هل يصح على من بعده ؟ على وجهين ، بناء على الوقف المنقطع الابتداء . على ما يأتي إن شاء الله تعالى .

قال الحارثي : ويحسن بناؤه على الوقف المطلق .

فائدة : إذا حكم به حاكم ، حيث يجوز له الحكم :

فقال في الفروع : ظاهر كلامهم يمضي الحكم ظاهراً . وفيه في الوطء الخلاف .

وفي فتاوى ابن الصلاح : إذا حكم به حنفي ، وأمضاه شافعي للواقف نقضه إذا لم يكن الصحيح من مذهب أبي حنيفة ، وإلا جاز نقضه في الوطء فقط . بخلاف صلاته في المسجد وحده حيث ، لعدم القربة والفائدة فيه ، ذكره ابن شهاب وغيره .

قوله ﴿ وإن وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته : صح ﴾

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به في المغني ، والشرح ، وشرح الحارثي ، وابن منجا ، والمحرر ، والوجيز ، والقواعد ، وغيرهم وقدمه في الفروع ، والرعاية

وهو من مفردات المذهب . وقيل لا يصح .

فائدتان

إحداهما : وكذا لو حكم له استثنى الأكل مدة معينة

وكذا لو استثنى الأكل والانتفاع لأهله ، أو بعض صدقته . قاله المصنف ، والشارح ، والحارثي ، وغيرهم

قال فى الفروع : ويصح شرط عمته له أو لولده مدة حياته فى المنصوص .

قال فى المستوعب : وكذلك إن شرط لأولاده أو لبعضهم سكنى الوقف مدة حياتهم جاز

وقيل : لايصح إذا شرط الانتفاع لأهله ، أو شرط السكنى لأولاده أو لبعضهم . ذكره فى الفائق وغيره .

على المذهب : لو استثنى الانتفاع مدة معينة ، فمات فى أثنائها . قال فى المغنى : يحتمل أن يكون ذلك لورثته . كما لو باع داراً واستثنى لنفسه السكنى مدة ، فمات فى أثنائها .

واقتصر عليه الحارثى .

وعلى المذهب أيضاً : يجوز إيجارها للموقوف عليه ولغيره .

الثانية : لو وقف على الفقراء ثم افتقر ، أبيح له السؤال منه ، على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه فى رواية المروذى .

قال فى التلخيص : هذا ظاهر كلام أصحابنا .

قال الحارثى : هذا الصحيح .

قال فى الفروع ، والرعاية : شمله فى الأصح .

قال فى القواعد الأصولية ، والفقهية : يدخل على الأصح فى المذهب .

وقيل : لايباح ذلك . وهو احتمال فى التلخيص .

قال فى القواعد الأصولية : والظاهر أن محل الخلاف فى دخوله ، إذا افتقر ، على قولنا . فإن الوقف على النفس يصح .

وأما على القول بأنه لايصح : فلا يدخل فى العموم إذا افتقر جزماً . لأنه لا يتناول بخصوص . فلا يتناول بالعموم بطريق الأولى .

وأما إذا وقف داره مسجداً ، أو أرضه مقبرة ، أو بئره يستقى منها المسلمون ،

أو على مدرسة لعموم الفقهاء أو طائفة منهم ، أو رباط للصوفية ، ونحو ذلك مما يعم : فله الانتفاع كغيره .

قال الحارثي : له ذلك من غير خلاف

قوله ﴿ الثالثُ : أنْ يَقِفَ على مُعَيَّنٍ يَملِكُهُ ولا يصحُّ على مَجْهُولٍ كرَجُلٍ ومَسْجِدٍ ﴾ بلا نزاع

وكذا لا يصح لو كان منهم ، كأحد هذين الرجلين على الصحيح من المذهب .

وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم

وقيل : يصح ذكره في الرعاية احتمالا

وقيل : يصح إن قسم لاستقر الوقف إلى قسوم ، مخرَّج من وقف إحدى الدارين . وهو احتمال في التلخيص

وعلى الصحة : يخرج منهم بالقرعة قاله في الرعاية

قلت : وهو مراد من نفوذ ذلك

وتقدم نظيره فيما إذا وقف أحد هذين

قوله ﴿ ولا على حيوانٍ لا يملِكُهُ ، كالعَبْدِ ﴾ .

لا يصح الوقف على العبد على الصحيح من مذهب مطلقا نص عليه .

وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم .

قال في القواعد الفقهية : الأكثرون على أنه لا يصح الوقف على العبد على الروايتين ، لضعف ملكه

وجزم به في المغني ، وغيره . وقدمه في الفروع وغيره

وقيل : يصح ، إن قسنا ملكه وهو ظاهر كلام بعضهم هنا حيث اشترط لعدم الصحة : عدم الملك .

قال في الرعاية : ويكون لسيده

وقيل: يصح الوقف عليه سواء قلنا يملك، أو لا، ويكون لسيده. واختاره الحارثي.

فائدتان

إحداهما: لا يصح الوقف على أم الولد، على الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب.

واختار الحارثي الصحة.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يصح الوقف على أم ولده بعد موته.

وإن وقف على غيرها، على أن ينفق عليها مدة حياته، أو يكون الريع لها مدة حياته: صح. فإن استثناء منفعة لأم ولده كاستثنائها لنفسه.

وإن وقف عليها مطلقا، فينبغي أن يقال: إن صححنا الوقف على النفس: صح. لأن ملك أم ولده أكثر ما يكون بمنزلة ملكه.

وإن لم نصححه، فيتوجه أن يقال: هو كالوقف على العبد القن.

ويتوجه الفرق بأن أم الولد لا تملك بحال. وفيه نظر.

وقد يخرج على ملك العبد بالتمليك، فإن هذا نوع تمليك لأم ولده، بخلاف العبد القن، فإنه قد يخرج عن ملكه، فيكون ملكا لعبد الغير.

وإذا مات السيد، فقد يخرج هذه المسألة على مسألة تفريق الصفقة، لأن الوقف على أم الولد لم يجز رقها وعتقها، فإذا لم يصح في إحدى الحالين خرج في الحال الأخرى وجهان.

فإن قلنا: إن الوقف المنقطع الابتداء يصح. فيجب أن يقال ذلك.

وإن قلنا لا يصح: فهذا كذلك. انتهى.

الثانية: لا يصح الوقف على المكاتب، على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب. وقطع به في المغني، والشرح، والتلخيص، والبلغة، والمستوعب وشرح ابن رزين، وغيرهم.

وقيل : يصح ، ويحتمله مفهوم كلام المصنف . وقد يشمله قوله « أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ »

واختاره الحارثي . وأطلقهما في المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والفائق ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَالْحَمْلُ ﴾ .

يعني : لا يصح الوقف على الحمل ، وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم

منهم : ابن حمدان ، وصاحب الفائق ، والوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم

وصحح ابن عقيل : جواز الوقف على الحمل ابتداء . واختاره الحارثي

قال في الفروع : ولا يصح على حمل ، بناء على أنه تمليك إذاً ، وأنه لا يملك . وفيهما نظر

تنبيه : إيراد المصنف في صحة الوقف على الحمل ، يخصص عدم صحته إذا كان الحمل أصلاً في الوقف

أما إذا كان تبعاً ـ بأن وقف على أولاده ، أو أولاد فلان ، وفيهم حمل ، أو انتقل إلى بطن ، وفيهم حمل ـ فيصح بلا نزاع . لكن لا يشاركهم قبل ولادته على الصحيح من المذهب . نص عليه

قال في القاعدة الرابعة والثلاثين : هو قول القاضي ، والأكثرين . وجزم به الحارثي ، وغيره .

وقال ابن عقيل : يثبت له استحقاق الوقف في حال كونه حملاً ، حتى يصح الوقف على الحمل ابتداء ، كما تقدم

وأفتى الشيخ تقي الدين رحمه الله باستحقاق الحمل من الوقف أيضاً .

فائدة: لو قال « وقفت على من سيولد لى » أو « من سيولد لفلان » لم يصح على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به القاضى فى خلافه وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره. وصححه المصنف فى المغنى، وغيره.

وذكره المصنف: فى مسألة الوصية لمن تحبل هذه المرأة.

وقال المجد: ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله: صحته. وروده ابن رجب.

قوله ﴿ وَالبَهِيمَةُ ﴾.

يعنى لا يصح الوقف عليها. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

واختار الحارثى: الصحة. وقال: وهو الأظهر عندى. كما فى الوقف على القنطرة، والسقاية، ويعلق عليها.

قوله ﴿ الرَّابِعُ أَنْ يَقِفَ ناجِزًا فإنْ عَلَّقَهُ على شَرْطٍ لَمْ يَصِحَّ ﴾

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

وقيل: يصح. واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله، وصاحب الفائق، والحارثى، وقال: الصحة أظهر. ونصره.

وقال ابن حمدان - من عنده - إن قيل: ملك الله تعالى. صح التعليق وإلا فلا.

قوله ﴿ إلَّا أَنْ يَقُولَ: هُوَ وَقْفٌ مِنْ بَعْدِ مَوْتِى ﴾.

فيصح فى قول الحرقى. وهو المذهب.

اختاره أبو الخطاب فى خلافه الصغير، والمصنف، والشارح، والحارثى، والشيخ تقى الدين، وصاحب الفائق، وغيرهم.

قال المصنف، والشارح: وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله.

وجزم به فى الكافى ، والخلاصة ، والمنور ، والمنتخب الأرجى ، وغيرهم

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والنظم ، وغيرهم .

قال فى القواعد : وهو أصح لأنه وصية ، والوصية تقبل التعليق

وقال أبو الخطاب فى الهداية : لا تصح

واختاره ابن البنا ، والقاضى وحمل كلام أحمد على أنه قال . فهو بعد موتى فيكون وصية بالوقف وأطلقه فى المذهب .

فعلى المذهب يصير من الثلث

فوائد

منها قال الحارثى كلام الأصحاب يقتضى أن وقف المعلق على موت ، أو على شرط فى الحياة لا يقع لازما قبل وجود المعلق عليه . لأن ما هو معلق بالموت وصية ، والوصية — فى قولهم — لا تلزم قبل الموت ، والمعلق على شرط فى الحياة فى معناه فثبت فيه مثل حكمهم فى ذلك

قال : والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله فى المعلق على الموت هو اللزوم .

قال الميمونى فى كتابه سألته عن الرجل يوقف على أهل بيته ، أو على مساكين بعده فاحتاج إليه ، أيبيع على قصة المدبر ؟ فسألنى أبو عبد الله ، فكرهه لذلك . فقال الوقوف إنما كانت من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم على أن لا يبيعوا ولا يهبوا .

قلت : فمن شبهه وتأول المدبر عليه . والمدبر قد بقى عليه وقت يكون فيه حراً ، والموقوف إنما هو شىء وقفه بعده ، وهو ملك الساعة

قال لى : إذا كان يتأول .

قال الميمونى : وإنما ناظرته بهذا ، لأنه قال : المدبر ليس لأحد فيه شىء ، وهو ملك الساعة وهذا شىء وقفه على قوم مساكين . فكيف يحدث به شيئاً ؟

فقلت : هكذا الوقوف ، ليس لأحد فيها شىء ، الساعة هو ملك . وإنما

استحق بعد الوفاة ، كما أن المدبر الساعة ليس بحر ، ثم يأتي عليه وقت يكون فيه حراً . انتهى .

فنص الإمام أحمد رحمه الله على الفرق بين الوقف بعد الموت ، وبين المدبر

قال الحارثي : والفرق عسر جداً

وتابع في التلخيص المنصوص ، فقال : أحكام الوقف خمسة

منها : لزومه في الحال أخرجه مخرج الوصية ، أم لم يخرجه وعند ذلك : ينقطع تصرفه فيه

وشيخنا رحمه الله — في حواشي المحرر — لما لم يطلع على نص الإمام أحمد رد كلام صاحب التلخيص وتأوله اعتماداً على أن المسألة ليس فيها منقول مع أنه وافق الحارثي على أن ظاهر كلام الأصحاب : لا يقع الوقف وحالة هذه لازماً .

قلت : كلامه في القواعد يشعر أن فيه خلافاً : هل هو لازم أم لا ؟

قاله في القاعدة الثانية والثمانين في بيعه بعد

ومنها : المعلق وقفها بالموت ، إن قلنا : هو لازم ، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية الميموني . انتهى

فظاهر قوله : إن قلنا : هو لازم ، يشعر بالخلاف

ومنها : لو شرط في الوقف أن يبيعه ، أو يهبه ، أو يرجع فيه متى شاء : بطل الشرط والوقف في أحد الأوجه ، وهو الصحيح من المذهب ، نص عليه .

وقدمه في الفروع ، وشرح الحارثي ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

قال المصنف في المغني : لا نعلم فيه خلافاً .

وقيل : يبطل الشرط دون الوقف ، وهو تخريج من البيع ، وما هو ببعيد .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يصح في الكل نقله عنه في الفائق .

ومنها : لو شرط الخيار في الوقف فسد ، نص عليه . وهو المذهب . وخرج فساد الشرط وحده من البيع .

قال الحارثي : وهو أشبه

ومنها : لو شرط البيع عند خرابه ، وصرف الثمن في مثله ، أو شرطه للمتولي بعده . فقال القاضي ، وابن عقيل ، وابن البنا ، وغيرهم : يبطل الوقف .

قلت : وفيه نظر

وذكر القاضي ، وابن عقيل وجهاً بصحة الوقف وإلغاء الشرط . ذكر ذلك الحارثي

قلت . وهو الصواب

قال في الفروع : وشرط بيعه ـ إذا خرب ـ فاسد في المنصوص . نقله حرب وعلل بأنه ضرورة ومنفعة لهم

قال في الفروع : والتوجه على تعليله : لو شرط عدمه عند تعطيله .

وقيل : الشرط صحيح .

قوله ﴿ وَلَا يُشْتَرَطُ لِقَبُولٍ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ . فَفِيهِ وَجْهَانِ ﴾ .

إذا وقف وقفاً ، فلا يخلو إما أن يكون على آدمي معين ، أو غيره .

فإن كان على غير معين ، فقطع المصنف هنا : أنه لا يشترط القبول . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وذكر الناظم احتمالاً أن نائب الإمام يقبله

وإن كان الموقوف عليه آدمياً معيناً ـ زاد في الرعايتين : أو جمعاً محصوراً ـ فهل يشترط قبوله أم لا يشترط ؟

فيه وجهان . أطلقهما المصنف هنا .

أحدهما . لا يشترط . وهو المذهب

قال في الكافي : هذا ظاهر المذهب . قال الشارح : هذا أولى .

قال الحارثي : هذا أقوى . وقطع به القاضي ، وابن عقيل .

قال في الفائق : لايشترط في أصح الوجهين . وصححه في التصحيح .

وجزم به في الوجيز ، والمنور .

وقدمه في الكافي ، والمحرر ، والفروع

والوجه الثاني : يشترط

قال في المذهب والخلاصة : يشترط في الأصح .

قال الناظم : هذا أقوى .

وقدمه في الهداية ، والمستوعب ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير

وأطلقهما في مسبوك الذهب ، والتلخيص ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الكبرى ، والزركشي ، وتجريد العناية

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وأحد الربع قبول

تنبيه : أكثر لأصحاب يحكي الخلاف من غير بناء .

وقال ابن منجا في شرحه — بعد تعليل الوجهين — ولأشبه : أن مبنى ذلك على أن الملك : هل ينتقل إلى الموقوف عليه أم لا ؟

فإن قيل بالانتقال ، قيل : باشتراط القبول ، وإلا فلا

قال الحارثي : وبناه بعض أصحابنا المتأخرين على ذلك .

قلت في الرعايتين ، قلت : إن قلنا هو لله تعالى ، لم يعتبر القبول ، وإن قلنا هو للمعين والجمع المحصور ، اعتبر فيه القبول

قال الحارثي : وفي ذلك نظر . فإن القول إن أبيد بالتمليك فالوقف لايخرج من تمليك ، سواء قيل بالانتقال أو عدمه . انتهى .

قال الزركشي : والظاهر أن الخلاف على القول بالانتقال . إذ لا نزاع بين الأصحاب : أن الانتقال إن الموقوف عليه هو المذهب ، مع اختلافهم في المختار هنا .

فعلى المذهب : لا يملك رده . فرده وقبوله وعدمهما واحد كالعتق

جزم به في المغني ، والشرح

وقال أبو المعالي في النهاية : إنه يرتد برده ، كالوكيل إذا رد الوكالة ، وإن لم يشترط لها القبول .

قال الحارثي : وهذا أصح

وعلى القول بالاشتراط ، قال الحارثي : يشترط اتصال القبول بالإيجاب ، فإن تراخى عنه بطل ، كما يبطل في البيع والهبة

وعلله ثم قال : وإذا علم هذا ، فيتفرع عليه عدم اشتراط القبول من المستحق الثاني والثالث . ومن بعد تراخي استحقاقهم عن الإيجاب ، ذكره بعض الأصحاب

قال : وهذا يشكل بقبول الوصية متراخياً عن الإيجاب انتهى

وقال الشيخ تقي الدين — رحمه الله — إذا اشترط القبول على المعين فلا ينبغي أن يشترط المجلس ، بل يلحق بالوصية والوكالة ، فيصح معجلا ومؤجلا بالقول والفعل ، فأخذ ريعه قبول

وقطع ، واختار في القاعدة الخامسة والخمسين أن يصرف الموقوف عليه المعين ، يقوم مقام القبول بالقول

قوله (فإنْ لمْ يَقْبَلْهُ أوْ ردَّهُ بطل في حقِّهِ ، دُونَ منْ بَعْدَهُ)

وهذا متفرع على القول باشتراط القبول

فجزم المصنف هنا أنه كالمنقطع الابتداء ، على ما يأتي بعد ذلك ، فيأتي فيه وجه بالبطلان ، وهذا أحد الوجهين

أعني : كونه كالمنقطع الابتداء

وجزم به في المغني ، والشرح .

وقيل : يصح هذا ، وإن لم تصحح في الوقف المنقطع . وهو الصحيح .

قال في الفروع : وهو أصح ، كتعذر استحقاقه لفوت وصف فيه .

قال الحارثي : هذا الصحيح .

فعلى هذا : يصح هنا قولا واحداً .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ليس كالوقف المنقطع الابتداء ، بل الوقف هنا صحيح . قولا واحداً .

قوله ﴿ وكان كما لو وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز ﴾

هذا الوقف المنقطع الابتداء وهو صحيح . على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب

قال الحارثي : جزم به أكثر الأصحاب

وبناه في المغني ، ومن تابعه ، على تفريق الصفقة فأجرى وجهاً بالبطلان

قال : وفيه بعد

فعلى المذهب . يُصرف في الحال إلى من بعده كما قال المصنف وهذا الصحيح من المذهب

قال الحارثي وهو الأقوى

وقدمه في المحرر ، والفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

وفيه وجه آخر : أنه إن كان من لا يجوز الوقف عليه يعرف انقراضه ـ كرجل معين ـ صرف إلى مصرف الوقف المنقطع يعني المنقطع الانتهاء على ما يأتي

صرح به الحارثي ، إلى أن ينقرض ثم يصرف إلى من بعده

واختاره ابن عقيل ، والقاضي . وقال : هو قياس المذهب

وقيل : يصرف إلى أقارب الواقف . قاله في الفائق .

قوله ﴿ وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ ، وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَآلاً ، أَوْ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ، ثُمَّ عَلَى مَنْ لا يَجُوزُ ﴾ انصرف بعد انقراض من يجوز ﴿ الوَقْفُ عَلَيْهِ إِلَى وَرَثَةِ الوَاقِفِ وَقْفاً عَلَيْهِمْ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾

وهو المذهب . قال فى الكافى . هذا ظاهر المذهب .

وجزم به فى الوجيز وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير

وعنه : يقسم على قدر إرثهم . جزم به فى الفروع وغيره .

قال الحارثى : قاله الأصحاب .

قال القاضى : طلبت مع الابن الثلث . وله الباقى . والأخ من الأم مع الأخ للأب السدس ، وله ما بقى .

وإن كان جد وأخ . فاسمه وإن كان أخ وعم : انفرد به الأخ . وإن كان عم وابن عم : انفرد به العم

وقال الحارثى : وهذا تخصيص لمن يرث من الأقرب فى حال دون حال وتفضيل لبعض على بعض

وهو لو وقف على أقاربه ، لما قالوا فيه بهذا التخصيص ، والتفضيل .

وكذا لو وقف على أولاده ، أو أولاد زيد . لايفضل فيه الذكر على الأنثى ، وقد قالوا هنا إنه ينتقل إلى الأقرب وقفاً انتهى .

فظاهر كلامه : أنه مال إلى عدم المفاضلة . وما هو ببعيد

قال فى الفائق : وعنه : فى أقاربه ـ ذكرهم وأنثاهم ـ بالسوية ويختص به الوارث انتهى .

والرواية الأخرى . يصرف إلى أقرب عصبته

قال فى الفروع : وعنه يصرف إلى عصبته وهذا ذكر أقرب وأطلقهما ابن منجا فى شرحه .

فعليهما يكون وقفاً على الصحيح من المذهب نص عليه

وقضى به القاضى ، وأبو الخطاب ، والمجد ، وغيرهم

وقدمه فى النظم ، والفروع ، وابن رزين الشرح ، والفائق ، وغيرهم

وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

قال فى المغنى : نص عليه .

قال الحارثى : وإنما حذف ذكر الوقف فى الرواية الثانية ، اختصاراً واكتفاء بذكره المتقدم فى رواية العود إلى الورثة . انتهى .

وقال ابن منجا فى شرحه : مفهوم قوله « فى الورثة » يكون وقفاً عليهم . على أنه إذا انصرف إلى أقرب العصبة : لا يكون وقفاً .

وردده الحارثى . فقال : من الناس من حمل رواية العود إلى أقرب العصبة ـ فى كلام المصنف ـ : على العود ملكا .

قال : لأنه قيد رواية العود إلى الورثة بالوقف ، وأطلق هنا وأنت بذلك واهماً .

قال : وليس كذلك . فإن العود إلى الأقرب ملكا إنما يكون نسب الإرث ومعلوم أن الإرث لا يختص بأقرب العصبة .

وأيضاً : فقد حكى خلافاً فى اختصاص العود بالفقراء منهم . ولو كان إرثاً ما اختص بالفقراء مع أن المصنف صرح بالوقف فى ذلك فى كتبه وكذلك الذين نقل من كتبهم ، كالقاضى ، وأبى الخطاب انتهى .

وعنه ، يكون ملكا .

قال فى الفائق : وقيل يكون ملكا . اختاره الخرقى

قال فى المغنى : ويحتمله كلام الخرقى .

قال فى الفائق : وقال ابن أبى موسى : إن رجع إلى الورثة كان ملكاً ، بخلاف العصبة .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهذا أصح وأشبه بكلام الإمام أحمد رحمه الله

وعلى الروايتين أيضاً ﴿ هَلْ يَخْتَصُّ بِهِ فُقَرَاؤُهُمْ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والرعاية الكبرى ، وغيرهم .

أحدهما : عدم الاختصاص . وهو المذهب .

قال الحارثى : هذا الأصح فى المذهب .

قال الناظم : هذا الأقوى . وجزم به فى المحرر ، وغيره

قال الزركشى : هو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والخرقى

وقدمه فى الخلاصة ، والفروع ، والفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : يختص به فقراؤهم اختاره القاضى فى كتاب الروايتين

فائدة : متى قلنا رجوعه إلى أقرب الواقف ، وكان الواقف حياً ، فهل

رجوعه إليه أو إلى عصبته ومدبنه روايتان

حكاهما ابن الزغونى فى الإقناع روايتين

إحداهما . يدخل . قطع به ابن عقيل فى مفرداته قاله فى القاعدة السبعين

وكذا لو وقف على أولاده وأسافلهم ، على أن من توفى منهم عن غير ولد :

رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه فتوفى أحد أولاد الواقف عن غير ولد ، والأب

الواقف حىٌّ ، فهل يعود نصيبه إليه ، لكونه أقرب الناس إليه ، أم لا ؟ تخرج

على ما تقدم قاله ابن رجب

والمسألة ملتفتة إلى دخول المخاطب فى خطابه .

فائدة : لو لم يكن للواقف أقرب : رجع على الفقراء والمساكين . على الصحيح

جزم به ابن عقيل فى التذكرة ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص ،

وغيرهم . وقدمه فى الفائق

وقال ابن أبى موسى : يباع . ويجعل ثمنه فى المساكين

وقيل : يصرف إلى بيت المال لمصالح المسلمين . نص عليه فى رواية ابن

إبراهيم ، وأبى طالب ، وغيرهما

وقطع به أبو الخطاب ، وصاحب المحرر وغيرهما

وقدمه الزركشي

وفي أصل المسألة ما قاله القاضي في موضع من كلامه : أنه يكون وقفاً على المساكين

والموضع الذي قاله القاضي فيه : هو في كتابه الجامع الصغير . قاله الحارثي وهو رواية ثالثة عن الإمام أحمد رحمه الله

اختارها جماعة من الأصحاب . منهم الشريفان — أبو جعفر ، والزيدي — والقاضي أبو الحسين . قاله الحارثي .

واختاره المصنف أيضاً . وصححه في التصحيح .

قال الناظم : هي أولى الروايات .

قال الحارثي : وهذا لا أعلمه نصاً عن الإمام أحمد رحمه الله

قال المصنف : إن كان في أقارب الواقف فقراء فهم أولى به ، لا على الوجوب

وعنه رواية رابعة : يصرف في المصالح جزم به في المنور . وقدمه في المحرر ، والفائق وقال : نص عليه . قال : ونصره القاضي ، وأبو جعفر

قال الزركشي : أنص الروايات أن يكون في بيت المال ، يصرف في مصالحهم

فعلى هاتين الروايتين : يكون وقفاً أيضاً على الصحيح من المذهب قدمه في الفروع

وعنه يرجع إلى ملك واقفه الحي

ونقل حرب : أنه قبل ورثته لورثة الموقوف عليه

ونقل المروذي : إن وقف على عبيده لم يستقم قلت : فيعتقهم ؟ قال : جائز .

فإن ماتوا وهم أولاد فهو لهم ، وإلا فللعصبة . فإن لم يكن عصبة بيع وفرق على الفقراء .

فائدة : للوقف صفات

إحداها : متصل الابتداء والوسط والانتهاء .

الثانية : منقطع الابتداء متصل الانتهاء .

الثالثة : متصل الابتداء ، منقطع الانتهاء ، عكس الذى قبله .

الرابعة : متصل الابتداء والانتهاء ، منقطع الوسط

الخامسة : عكس الذى قبله . منقطع الطرفين ، صحيح الوسط

وأمثلتها واضحة وكلها صحيحة على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب

وخرج وجه بالبطلان فى الوقف المنقطع من تفريق الصفقة على ماتقدم ،

ورواية أنه يصرف فى المصالح

قال فى الرعاية فى منقطع الآخر : صح فى الأصح .

السادسة : منقطع الأول والوسط والأخير ، مثل أن يقف على من لايصح

الوقف عليه ، وسكت ، أو يذكر مما يصح الوقف عليه أصلاً فهذا باطل

بلا نزاع بين الأصحاب .

فالصفة الأولى : هى الأصل فى كلام المصنف ، وغيره

والصفة الثانية : تؤخذ من كلام المصنف ، حيث قال « وكان كما لو وقف على من

لايجوز ثم على من يجوز »

والصفة الثالثة : تؤخذ من كلامه أيضاً ، حيث قال « ولو وقف على جهة

تنقطع ، ولم يذكر له مآلاً ، أو على من يجوز ثم على من لايجوز » .

وأربعة ، والخامسة لم يذكرها المصنف ، لكن الحكم واحد .

قوله « أَوْ قَالَ : وقفتُ . وَسَكَتَ » .

يعنى أن قوله « وقفت » وسكت : حكمه حكم الوقف المنقطع الانتهاء ،

فالوقف صحيح عند الأصحاب ، وهو صحيح

وقال فى الروضة على الصحيح عند النووى

فظاهره : أن في الصحة خلافاً .

فعلى المذهب : حكمه حكم الوقف المنقطع الانتهاء في مصرفه على الصحيح من المذهب ، كما قاله المصنف هنا .

وقطع به القاضي في المجرد ، وابن عقيل واختاره صاحب التلخيص ، وغيره .

وجزم به في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه في الفروع ، والرعاية الكبرى . وقال : نص عليه .

وقال القاضي وأصحابه : يصرف في وجوه البر .

قال الحارثي ، الوجه الثاني : يصرف في وجوه البر والخير . قطع به القاضي في التعليق الكبير ، والجامع الصغير ، وأبو علي بن شهاب ، وأبو الخطاب في الخلاف الصغير ، والشريفان — أبو جعفر ، والزيدي — وأبو الحسين القاضي ، والعكبري في آخرين .

وفي عبارة بعضهم « وكان لجماعة المسلمين » .

وفي بعضها « صرف في مصالح المسلمين » والمعنى : متحد .

قال في عيون المسائل : في هذه المسألة وفي قوله « تصدقت » تكون لجماعة المسلمين .

قوله (وإن قال : وقفته سنة : لم يصح) هذا المذهب .

قال ابن منجا : هذا المذهب . وصححه في النظم ، والتلخيص .

وقدمه في الفروع ، وشرح الحارثي ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

ويحتمل أن يصح ، ويصرف بعدها مصرف المنقطع — يعني منقطع الانتهاء — وهو وجه ذكره أبو الخطاب وغيره .

وأطلقهما في المحرر ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وقيل : يصح ، ويلغو توقيته .

فائدة : لو وقفه على ولده سنة ، ثم على زيد سنة ، ثم على عمرو سنة ، ثم على المساكين : صح . لاتصاله ابتداء ، وانتهاء .

وكذا لو قال : وقفته على ولدى مدة حياتى ، ثم على زيد ، ثم على المساكين : صح .

قوله (ولا يُشْتَرطُ إخْرَاجُ الوَقْفِ عنْ يَدِهِ فِي إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ)

وهو المذهب ، وعليه الجمهور .

قال المصنف ، وغيره : هذا ظاهر المذهب . واختاره القاضى ، وأصحابه .

وجزم به فى الخلاصة ، والوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى التلخيص : وهو الأشبه ، واختيار أكثر الأصحاب ، والمنصور عندهم فى الخلاف .

قال الزركشى : هو المشهور ، والمختار المعمول به من الروايتين .

وعنه يشترط أن يخرجه عن يده . قطع به أبو بكر ، وابن أبى موسى فى كتابيهما . وقدمه الحارثى فى شرحه ، واختاره .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والقواعد الفقهية .

ويأتى التنبيه على هذا أيضاً عند قول المصنف « والوقف عقد لازم » .

قال فى الفرع ، ورأيت بعضهم قال : قال القاضى فى خلافه : لايختلف مذهبه : أنه إذا لم يكن يصرفه فى مصارفه : ولم يخرجه عن يده : أنه يقع باطلا . انتهى .

فعلى القول بالاشتراط . فالمعتبر عند الإمام أحمد رحمه الله التسليم إلى ناظر يقوم به . قاله الحارثى .

وقال : وبالجملة . فالمساجد والقناطر والآبار ونحوها يكفى التخلية بين الناس وبينها من غير خلاف .

قال : والقياس يقتضى التسليم إلى المعين الموقوف عليه إذا قبل بالاستقلال إليه . وإلا فإلى الناظر أو الحاكم . انتهى .

وعلى القول بالاشتراط أيضا : لو شرط نظره لنفسه : سلمه نصيره ، ثم ارتجعه منه قاله فى الفروع

قال الحارثى : وأما التسليم إلى من ينصبه هو ، فالصواب : إما غير ناظر فوكيل محض يده كيده ، وإما ناظر . فالنظر لايجب شرطه لأحنبى . فالتسليم إلى الغير غير واجب انتهى .

قلت : وهذا هو الصواب .

فائدة : إذا قلنا بالاشتراط فهل هو شرط لصحة الوقف ، أو للزومه ؟

ظاهر كلام جماعة ـ منهم : صاحب الكافى ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم ـ : أنه شرط للزوم ، لاشرط للصحة . ويحتمله كلام المصنف .

وصرح به الحارثى : فقال : وليس شرطا فى الصحة ، بل شرط للزوم

وجزم به فى المغنى ، والشرح

وصرح به أبو الخطاب فى انتصاره ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . قاله فى القاعدة التاسعة والأربعين .

فعلى هذا قال ابن أبى موسى والسامرى ، وصاحب التلخيص ، والفائق ، وغيرهم : إن مات قبل إخراجه وخيارته : بطل وكان ميراثا

قاله الحارثى ، وغيره .

قلت : وفيه نظر ، بل الأولى هنا : اللزوم بعد الموت .

وظاهر كلام المصنف هنا : أن الخلاف فى صحة الوقف . وصرح به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمنور ، وغيرهم . فقالوا : هل يشترط فى صحة الوقف إخراجه عن يد الواقف ؟ على روايتين .

قال فى الخلاصة : لايشترط فى صحة الوقف إخراجه عن يده

قوله ﴿ وَيَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ ﴾

هذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب .

قال المصنف وغيره هذا ظاهر المذهب .

وقطع به القاضي ، وابنه ، والشريفان — أبو جعفر ، وأبو علي — وابن عقيل ، والشيرازي ، وابن البكروس وغيرهم وهو من مفردات المذهب

« وَعَنْهُ لَا يَمْلِكُهُ » بل هو ملك لله . هو ظاهر اختيار ابن أبي موسى ، قياساً على العتق قاله الحارثي

قال الحارثي . وبه أقول .

وعنه ملك للواقف . ذكره أبو الخطاب ، والمصنف

قال الحارثي : ولم يوافقهما على ذلك أحد من متقدمي أهل المذهب ، ولا متأخريهم . انتهى

وقد ذكره من بعدهم من الأصحاب كصاحب الفروع ، والزركشي ، وغيرهم

قال ابن رجب في قواعده : وعلى رواية « أنه لا يتملكه » فهل هو ملك للواقف أو لله ؟ فيه خلاف

تنبيه : لهذا الخلاف فوائد كثيرة

منها : ما ذكره المصنف هنا .

ومنها : لو وطىء الجارية الموقوفة . فلا حد عليه ولا مهر . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب .

قال الحارثي : ويتجه أن ينبني على الملك إن حصل له . فلا حد ، وإلا فعليه الحد

قال : وفي المعنى وجه وجوب الحد في وطء الموصى له بالمنفعة

قال : لأنه لا يملك إلا المنفعة فأشبه كالمستأجر .

قال الحارثى : فيطرد الحد عند ، على القول بعدم الملك ، إلا أن يدّعى الجهل ومثله يجهله .

ومنها : قوله ﴿ وإن أتت بولد فهو حرّ . وعليه قيمته يشترى بها ما يقوم مقامه . وتصير أم ولده تعتق بموته ﴾ .

معنى تصير أم ولد إن قلت : هى ملك له . وإن قلت . لايمكن : تصير أم ولد وهى وقف محال .

قوله ﴿ وعليه قيمته ﴾ .

يعنى قيمة الولد . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . ويحتمل أن لا تلزمه قيمة الولد إذا أولدها .

وعزاه فى المستوعب والتخليص إلى اختيار أبى الخطاب .

قوله ﴿ وتجب قيمتها فى تركته ، يشترى بها مثلها تكون وقفا ﴾

هذا المذهب . قدمه فى الفروع ، والرعاية .

وقيل : تصرف قيمتها للبطن الذى ، يلى تلقى الوقف من واقفه . ذكره فى الرعاية ، والفروع . وقال : قدل على خلاف .

وقال فى المجرد ، والفصول ، والمغنى ، والقواعد الفقهية ، وغيرهم ، البطن الذى يتلقونه من واقفه ، لامن البطن الأول .

وصححه الطوفى فى قواعده

فلهم الثمن مع شاهدهم بثبوت الوقف ، مع امتناع بعض البطن الأول منها .

قال فى الدلائل : وهل تتلقى البطن الثانى الوقف من البطن الذى قبله ، أو من الواقف ؟ فيه وجهان

قوله ﴿ وإن وطئها أجنبى بشبهة ، فأتت بولد : فالولد حرّ . وعليه

المَهْرُ لِأَهْلِ الوَقْفِ وَقِيمَةُ الوَلَدِ ، وَإِنْ تَلِفَتْ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا ، يَشْتَرِي بِهَا مِثْلَهُمَا) .

يعني يشترى بقيمة الولد وقيمة أمه إذا تلفت

الصحيح من المذهب : أنه يشترى بهما مثلهما إن بقيا ، أو شقصٌ إن لم يبقيا .

وعليه جماهير الأصحاب ، منهم القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف

« و يحتمل أن يملك الموقوف عليه قيمة الولد هنا » .

يعني يملك الموقوف عليه قيمة الولد هنا ، على هذا الاحتمال .

واختاره أبو الخطاب قاله في المستوعب ، والتلخيص وهو احتمال في المغني .

فائدة : لو أتلفها إنسان : لزمه قيمتها ، يشترى بها مثلها .

وإن حصل الإتلاف في جزء منها — كقطع طرف مثلا — فالصحيح : أنه يُشترى بأرشها شقص يكون وقفاً . قاله الحارثي وجزم به المصنف ، والشارح .

وقيل يكون للموقوف عليه وهما احتمالان مطلقان في التلخيص

وإن جني عليها من غير إتلاف : فالأرش للموقوف عليه قاله في التلخيص ، وغيره

فائدة أخرى . لو قتل الموقوفَ عبد مكاتبٌ .

فقال في المغني : الظاهر أنه لا يجب القصاص . لأنه محل لا يختص به الموقوف عليه فلم يجز أن يختص منه قاتله . كالعبد المشترك انتهى

قال الحارثي : وتحرير قوله في المغني : أن العبد الموقوف مشترك بين الملاك . ومن شرط استيفاء القصاص مطالبة كل الشركاء ، وهو متعذر

قال : وفيه بحث — وذكره — ومال إلى وجوب القصاص .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف هنا : وقفية الدار نفس الشراء ، لاستدعاء

البدلية ثبوت حكم الأصل لا البدل . وهو الصحيح من الوجهين . وقطع به في التلخيص ، والرعاية .

وظاهر كلام الخرقي وغيره . أنه لا بد من إنشاء عقد الوقف .

فإنه قال : وإذا خرب الوقف ، ولم يرد شيئاً . بيع واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف ، وجعل وقفاً كالأول .

قال الحارثي : وكذا نص أبو عبد الله - رحمه الله - في رواية بكر بن محمد . قال : وبهذا أقول

وأتى في آخر بيع الوقف بأتم من هذا . وكلام الزركشي وغيره

ومن فوائد الخلاف . قول المصنف « وله تَزْوِيجُ الجارِيَةِ »

يعني إذا قلنا . يملكُ الموقوفُ عليه الوقفَ

وعلى الرواية الثانية : يزوجها الحاكم

وعلى الثالثة . يزوجها الواقف . قاله الزركشي ، وابن رجب في قواعده ، والحارثي

لكن إذا زوج الحاكم اشترط إذن الموقوف عليه . قاله في التلخيص ، وغيره . وهو واضح . وكذا إذا زوجها الواقف . قاله الزركشي من عنده

قلت : هو مراد من لم يذكره قطعاً

وقد طرده الحارثي في الواقف والناظر ، إذا قيل بولايتهما

وقيل : لا يجوز تزويجها بحال ، إلا إذا طلبته . وهو وجه في المغني

قال في الرعاية : ويحتمل منع تزويجها ، إن لم تطلبه

قوله ﴿ وَوَلَدُهَا وَقْفٌ مَعَهَا ﴾

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهُ ﴾ الموقوف عليه

وهو اختيار لأبي الخطاب ، كما تقدم في نظيره

قال الحارثي : وهذا أشبه بالصواب . ونسب الأول إلى الأصحاب

وثانى : هل يجوز للموقوف عليه أن يتزوج الأمة الموقوفة عليه ؟ فى الفوائد قريباً

ومن الفوائد : قول المصنف ﴿ وَيَبْقَى حَتَّى الْوَقْفُ خَطَأً : فَالْأَرْشُ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ﴾

يعنى إذا قلنا : إنه يملك الموقوف عليه وهو المذهب

وعلى الرواية الثانية : يكون حدوثه فى كسبه على الصحيح قدمه فى الفروع والقواعد ، والمحرر .

وقيل : فى بيت المال . وهو رواية فى النصرة وصححه المصنف وقدمه فى الرعاية وأطلقهما الزركشى

وقيل : لا يلزم الموقوف عليه الأرش ، على القولين قاله فى القواعد .

وأما على الرواية الثالثة : فيحتمل أن يجب على الواقف .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ فِي كَسْبِهِ ﴾ قاله الزركشى من عنده

وقال الحارثى - بعد أن حكى الوجهين المتقدمين - : وهم وجه ثالث ، وهو الوجوب على الواقف قال وفيه بحث .

تنبيه هذا كله إذا كان الموقوف عليه معيناً

أما إن كان غير معين - كالمسكين ونحوه - فقيل فى المعنى : يعنى أن يكون الأرش فى كسبه . لأنه ليس له مستحق معين ، يمكن إيجاب الأرش عليه . ولا يمكن تعلقه برقبته ، فتعين فى كسبه

قال : ويحتمل أن تجب فى بيت المال

فائدة : حيث أوجب الفداء ، فهو أقل الأمرين من القيمة ، أو أرش الجناية ، اعتباراً بالولد

تنبيه : فهذه ثلاث مسائل من فوائد الخلاف ذكرها المصنف .

ومنها : لو كان الموقوف ماشية ، تجب زكاتها ، على الثانية والثالثة ، لنصف الملك . وتجب على الموقوف عليه على الأولى ، على ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، واختيار القاضي في التعليق ، والمجد ، وغيرهما وقدمه الزركشي .

قال الناظم :

* ولكن يخرج من سواها ويفدد *

قلت فيعايى بها

وقيل : لا تجب مطلقاً لنصف الملك . اختاره صاحب التلخيص وغيره . وقاله القاضي ، وابن عقيل

فأما الشجر الموقوف : فتجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه وجهاً واحداً لأن ثمرته للموقوف عليه . قاله في الفوائد

قال الشيرازي : لا زكاة فيه مطلقاً . ونقله غيره رواية

وتقدم الكلام على ذلك في كتاب الزكاة عند قوله « ولا زكاة في الثمرة الموقوفة » فانظر من هذا . فليراجع

ومنها : النظر على الموقوف عليه ، إن قلنا يملكه . ملك النظر عليه ، على ما يأتي في كلام المصنف . فينظر فيه هو ومستحقّ ، أو وليه ، إن لم يكن أهلاً

وقيل : ينظر فيه الحاكم

وعلى رواية الثانية يكون النظر للحاكم

وعلى الثالثة . للواقف قاله الزركشي من عنده

ومنها : هل يستحق الشفعة شركة الموقف ؟ فيه طريقان

أحدهما : البناء على قول يملكه استحق به الشفعة ، وإلا فلا

والطريق الثاني : وجهان ، بناء على قولنا : يملكه قاله المجد

وهذا كله مفرع على المذهب في جواز قسمة الوقف من الطلق

أما على الوجه الآخر مع القسمة : فلا شفعة . وكذلك بنى صاحب التلخيص الوجهين هنا على الخلاف فى قبول القسمة .

وتقدم ذلك فى باب الشفعة عند قول المصنف « ولا شفعة لشركة الوقف »

ومنها . نفقة الحيوان الموقوف . فتجب حيث شرطت ، ومع عدم الشرط تجب فى كسبه ، ومع عدمه تجب على من الملك له . قاله فى التلخيص .

وقال الزركشى : من عنده . وعلى الثانية : تجب فى بيت المال ، وهو وجه ، ذكره فى الفروع وغيره .

قال فى القواعد : وإن لم تكن له غلة فوجهان .

أحدهما : نفقته على الموقوف عليه .

والثانى . فى بيت المال .

قيل : هما مبنيان على انتقال الملك وعدمه .

وقد يقال بالوجوب عليه ، وإن كان الملك لغيره ، كما نقول بوجوبها على الموصى له بالمنفعة على وجه . انتهى .

ومنها لا يجوز للموقوف عليه أن يتزوج الأمة الموقوفة عليه على الأولى . ويجوز على الثانية .

قلت : وعلى الثالثة

قال فى القواعد : هذا لم يذكره فى التلخيص وغيره .

قال : وفيه نظر . فإنه يملك منفعة البضع على كلا القولين . ولهذا يكون المهر له . انتهى .

قال الحارثى ، على الأولى : لو وُقفت عليه روحه امتنع النكاح لوجود الملك

ومنها : لو سرق الموقوف أو جنى عليه فعلى الأولى يقطع على الصحيح وقيل : لا يقطع وإن قلنا : لا يملكه : لا يقطع ، على الصحيح . وقيل يقطع .

ومحل ذلك كله : إذا كان الوقف على معين

ومنها : وجوب إخراج زكاة الفطر على الموقوف عليه على الأولى على الصحيح وقيل لا تجب عليه

وأما إذا اشترى عبدا من غلة الوقف خدمة الوقف فإن الفطرة تجب قولا واحداً . لتمام التصرف فيه . قاله أبو المعالي .

وتعاني بمملوك لا مالك له وهو عبد وقف على خدمة الكعبة قاله ابن عقيل في المنثور .

ومنها : لو زرع الغاصب أرض الوقف فعلى الأولى : للموقوف عليه التملك بالنفقة ، وإلا فهو كالمستأجر ومالك المنفعة . فيه تردد . ذكره في الفوائد من القواعد .

قوله ﴿ وَإِنْ وَقَفَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ عَلَى المَسَاكِينِ ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ رَجَعَ نَصِيبُهُ عَلَى الآخَرِينَ ﴾ .

وكذا لو رد وهذا المذهب وعليه الأصحاب

وذكر الحارثي في شرحه وجهين آخرين .

أحدهما : الصرف مدة بقاء الآخرين مصرف الوقف المنقطع لسكوته عن المصرف في هذه الحالة

والوجه الثاني : الانتقال إلى المساكين لاقتضاء اللفظ له فإن مقتضاه . الصرف إلى المساكين بعد انقراض من عين . فصرف نصيب كل منهم عند انقراضه إلى المساكين : داخل تحت دلالة اللفظ ، ورجحه على الذي قبله

فوائد

أحدها : لو وقف على ثلاثة ، ولم يذكر له مآلا . فمن مات منهم فحكم نصيبه حكم المنقطع ، كما لو ماتوا جميعاً قاله الحارثي

وقال : على ما في الكتاب يصرف إلى من بقي

وقطع به في القاعدة الخامسة عشر بعد المائة . وكذا الحكم لو رد بعضهم ، قاله فيها أيضاً .

الثانية . لو وقف على أولاده ، ثم على أولادهم ، ثم على الفقراء . فالصحيح من المذهب : أن هذا ترتيب جملة على مثلها . لا يستحق البطن الثاني شيئاً قبل انقراض الأول . قدمه في الفروع ، والفائق .

وقال في القاعدة الثالثة عشر بعد المائة : هذا المعروف عند الأصحاب . وهو الذي ذكره القاضي ، وأصحابه ، ومن اتبعهم . فيكون من باب توزيع الجملة .

وقيل : ترتيب أفراد . فيستحق الولد نصيب أبيه بعده . فهو من ترتيب الأفراد بين كل شخص وأبيه . اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق

قال في الانتصار ، عند شهادة الواحد بالهلال : إذا قوبل جمع بجمع : اقتضى مقابلة الفرد منه بالفرد لغة .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : فعلى هذا : الأظهر استحقاق الولد ، وإن لم يستحق أبوه

وقال : الأظهر أيضاً فيمن وقف على ولديه نصفين ، ثم على أولادهما ، وأولاد أولادهما وعقبهما بعدهما بطناً بعد بطن — أنه ينتقل نصيب كل واحد إلى ولده ، ثم ولد ولده

وقال : من ظن أن الوقف كالإرث . فإن لم يكن أبوه أخذ شيئاً لم يأخذ هو فلم يقله أحد من الأئمة . ولم يدر ما يقول .

ولهذا : لو انتفت الشروط في الطبقة الأولى ، أو بعضهم : لم تحرم الثانية مع وجود الشروط فيهم إجماعاً ، ولا فرق . انتهى

قال في الفروع : وقول الواقف « من مات فنصيبه لولده » نعم ما استحقه وما يستحقه مع صفة الاستحقاق — يستحقه أولاً ، تكثيراً للفائدة ، وتصدق الإضافة

تأدى ملاسة ولأنه بعد موته لا يستحقه ولأنه لمفهوم عند العامة الشارطين ، وقصدوه لأنه بتبين لم يرث هو وأبوه من الحد ولأن فى صورة الإجماع ينتقل مع وجود المانع إلى ولده ، لكن هنا : هل يعتبر موت الواقف ؟ يتوجه الخلاف ، وإن لم يتناول إلا ما استحقه فمفهوم . خرج مخرج الغالب ، وقد تتناوله الوقف على أولاده ، ثم أولادهم .

قال فى الفروع : فعلى قول شيخنا : إن قال « بطنا بعد بطن » ونحوه : فترتب حملة ، مع أنه محتمل

فإن زاد الواقف « على أنه إن توفى أحد من أولاد الموقوف عليه ابتداء فى حياة والده ، وله ولد ، ثم مات الأب عن أولاد لصلبه ، وعن ولد ولده الذى مات أبوه قبل استحقاقه فله معهم ما لأبيه لو كان حيا » فهو صريح فى ترتيب الأفراد .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً - فيما إذا قال « بطنا بعد بطن » ولم يرد شيئاً - هذه مسألة فيها نزاع والأصح أن نصيب كل واحد ينتقل إلى ولده ، ثم إلى ولد ولده ، ولا مشاركة انتهى

الثالثة لو كان له ثلاث بنين فقال « وقفت على ولدى فلان وفلان ، وعلى ولد ولدى » كان الوقف على البنين وأولادهما وأولاد الثالث ، ولا شئ للثالث ذكره المصنف محتجاً له . وقدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر وهو ظاهر ما قدمه فى الهادى وقواه شيخنا فى حواشيه وصححه المحرر

وقال القاضى ، وابن عقيل : يدخل الابن الثالث .

وتقله حرب ، وقدمه الحلوانى فقال : فالمنصوص دخول الجميع .

وقال فى القاعدة الثانية والعشرين بعد المائة ويتخرج وجه بالاختصاص لولد من وقف عليهم واعتبر آباءهم

وكذا الحكم والخلاف والمذهب لو قال « وقفت على ولدى فلان وفلان ، ثم على الفقراء » هل يشمل ولد ولده أم لا ؟

وقيل : يشمله هنا ، ذكره المصنف احتمالا من عنده .

الرابعة : لو وقف على فلان . فإذا انقرض أولاده فعلى المساكين ، كان — بعد موت فلان — لأولاده ثم من بعدهم للمساكين اختاره القاضي ، وابن عقيل وقدمه في الكافي .

وقيل : يصرف — بعد موت فلان — مصرف منقطع ، حتى ينقرض أولاده . ثم يصرف على المساكين .

الخامسة : لو وقف على أولاده ، وأولاد أولاده : اشتركوا حالا . ولو قال فيه « على أن من توفي عن غير ولد فنصيبه لذوي طبقته » كان للاشتراك أيضاً في أحد الوجهين

قلت وهو أولى

قال في القواعد وقد زعم المجد : أن كلام القاضي في المجرد يدل على أنه يكون مشتركا بين الأولاد ، وأولادهم ثم نصف بين كل ولد نصيب والده بعد موته

قال : وليس في كلام القاضي مايدل على ذلك لمن راجعه وتأمله .

والوجه الثاني يكون للقريب بين كل ولد وأبيه .

قلت في القاعدة الثالثة عشر بعد المائة : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله . وذكره ، وأصلقهما في الدقائق

وورد بقوله « الأعلى فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب ، أو البطن الأول ثم الثاني » فهذا ترتيب حملة على منعهم لا يستحق البطن الثاني شيئا قبل انقراض الأول وله في المغني ، والشرح ، والحارثي ، والدقائق ، وغيرهم .

قلت في التخليص وكذا قوله « قد بعد فلان »

وورد بعد الترتيب بين أولاده « ثم على أسافلهم وأعقابهم » فهل يستحقه أهل الطبقة الثانية ، أو مشاركة فيه وجهان وأصلقهما في الدقائق

قلت : الصواب الترتيب .

ولو سوى بين أولاده وأولادهم ، « ثم » ثم قال « ومن توفى عن ولد فنصيبه لولده » استحق كل ولد بعد أبيه نصيبه .

ولو قال « على أولادى ، ثم على أولاد أولادى ، على أنه من توفى منهم عن غير ولد فنصيبه لأهل درجته » استحق كل ولد نصيب أبيه فقط ، كالتى قبلها

قال فى الفائق : ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله وغيره انتهى

وهما يتزعان إلى أصل المسألة المتقدمة

وقد تقدم كلام الشيخ تقى الدين فيها .

قلت هذه المسألة أولى بالصحة

وقد وافق الشيخ تقى الدين رحمه الله على ذلك كثير من العصاة من أرباب المذهب . وحملوه من تخصيص العموم بمفهوم وهو أظهر

وصف الشيخ تقى الدين فى ذلك مصنفا حافلا جمع كراريس

ولو قال « ومن مات عن ولد فنصيبه لولده » فالصحيح من المذهب : أنه يشمل النصيب الأصلى والعائد ، مثل أن يكون ثلاث إخوة فيموت أحدهم عن ولد ويموت الثانى عن غير ولد . فنصيبه لأخيه الثالث .

فإذا مات الثالث عن ولد : استحق جميع ما كان فى يد أبيه من الأصلى والعائد إليه من أخيه . وقدمه فى الفروع .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يشمل النصيب الأصلى ، ويشترك ولد الميت الأول وولد الميت الثالث فى النصيب العائد إلى أخيه . لأن والديهما لو كانا حيين لاشتركا فى العائد . فكذا ولدهما .

قلت وهو الصواب .

ولو قال « ومن توفى عن غير ولد : فنصيبه لأهل درجته » وكان الوقف مرتباً معطوفاً ، كان نصيب الميت عن غير ولد ، لأهل الطبقة التى هو منها

ولو كان مشتركا بين أهل البطون : عاد إلى جميع أهل الوقف فى أحد الوجهين .

قلت : وهو الصواب . فوجود هذا الشرط كعدمه .

والوجه الثانى : يختص البطن الذى هو منه . فيستوى فيه إخوته وبنو عمه وبنو عمى أبيه . لأنهم فى القرب سواء . فقدمه فى البطن

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، والفروع ، والهدى الصغير .

فإن لم يوجد فى درجته أحد : فالحكم كما لو لم يذكر الشرط . قاله فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم

ولو كان الوقف على البطن الأول ، على أن من مات عن ولد فنصيبه لولده ، وإن مات عن غير ولد : انتقل نصيبه إلى من فى درجته . فمات أحدهم عن غير ولد ، فقيل : يعود نصيبه إلى أهل الوقف كلهم ، وإن كانوا بطونا . وحكم به لقمى سليمان . وهو الصواب .

وقيل : يختص أهل بطنه ، سواء كانوا من أهل الوقف حالا أو قوة ، مثل أن يكون البطن الأول ثلاثة . فمات أحدهم عن ابن ، ثم مات الثانى عن ابنين فمات أحد الابنين وترك أخاه وابن عمه ، وعمه وابنا عمه الحى . فيكون نصيبه بين أخيه وابن عمه حيث وابن عمه الحى . ولا يستحق العم شيئا

وقيل : يختص أهل بطنه فى أهل الوقف المشروطين له فى الحال .

فعلى هذا : يكون لأخيه وابن عمه الذى مات أبوه . ولا شىء لعمه الحى ولا لولده

وأطلقهن فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والهدى الصغير

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ذوو طبقته : إخوته ، وبنو عمه ، ونحوهم . ومن هو أعلى منه : عمومته ، ونحوهم . ومن هو أسفل منه . ولده ، وولد إخوته وطبقتهم .

ولا يستحق من فى درجته من غير أهل الوقف بحال . فمن له أربع بنين

وقف على ثلاثة ، وترك الرابع . فمات أحد الثلاثة عن غير ولد . لم يكن للرابع فيه شيء لأنه ليس من أهل الاستحقاق . قاله الأصحاب .

وإذا شرطه لمن في درجة المتوفى عند عدم ولده : استحقه أهل الدرجة حالة وفاته وكذا من سيوجد منهم في أصح الاحتمالين .

قال في الفائق : هذا أقوى الاحتمالين .

قال ورأيت الشيخ تقي الدين ـ يعني ـ الشارح ـ والنووي قال ابن رجب في قواعده : يخرج فيه وجهين . قال : والدخول هنا أولى .

وبه أفتى الشيخ شمس الدين

قال : وعلى هذا ، لو وجد من هو أعلى من الموجودين ، وكان في الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى : فإنه ينتزعه منهم قاله في القاعدة السادسة بعد المائة .

السادسة : لو قال « على أولادي ، ثم أولادهم الذكور والإناث ، ثم أولادهم الذكور من ولد الظهر فقط ثم نسلهم وعقبهم ، ثم الفقراء . على أن من مات منهم ، وترك ولداً وإن سفل : فنصيبه له . فمات أحد الطبقة الأولى ، وترك بنتاً ، فمات ولها أولاد »

فقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ما استحقته قبل موتها . فهو لهم .

قال في الفروع ، ويتوجه : لا . انتهى .

ولو قال « ومن مات عن غير ولد ، وإن سفل . فنصيبه لإخوته ثم نسلهم ، وعقبهم » ثم من لا يعقب ومن أعقب ، ثم انقطع عقبه ، لأنه لا يقصد غيره . واللفظ يحتمله فوجب الحمل عليه قصداً قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله

قال في الفروع : ويتوجه عود حكمه بعلاقه

السابعة : لو اجتمع صفتان أو صفات في شخص واحد فهو كاجتماع شخصين أو أشخاص على المشهور من المذهب فتتعدد الاستحقاق بهم ، كالأعيان قاله في القاعدة التاسعة عشر بعد المائة

وله نظائر في الوصايا ، والفرائض ، والزكاة . فكذلك الوقف .

وأفتى به العلامة ابن رجب أيضاً . ورد قول المخالف في ذلك .

وقيل : لا يتعدد الاستحقاق بذلك

ويأتي قريباً من ذلك في الفائدة السادسة من الفوائد الآتية قريبا .

الثامنة : إذا تعقب الشرط جملا عاد إلى الكل . على الصحيح من المذهب .

وقد ذكر المصنف في المغني وجهين ، في قوله « أنت حرام ووالله لا أكلمك إن شاء الله تعالى » انتهى .

والاستثناء كالشرط على الصحيح من المذهب نص عليه

وقيل : لا وقيل : والجمل من جنس كالشرط .

وكذا مخصص : من صفة ، وعطف بيان ، وتوكيد ، وبدل ، ونحوه ، والجار والمجرور ، نحو « على أنه » أو « بشرط أنه » ونحو ذلك كالشرط لتعلقه بفعل ، لا باسم

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وعموم كلامهم : لا فرق بين العطف بواو وفاء وثم وذلك لما تقدم ذكر ذلك ابن عقيل وغيره .

التاسعة : لو وجد في كتاب وقف « أن رجلا وقف على فلان وعلى بني بنيه .

واشتبه : هل المراد بني بنيه ، جمع ابن ، أو بني بنته ، واحدة البنات ؟

فقال ابن عقيل في الفنون : يكون بينهما عندنا . لتساويهما ، كما في تعارض البينات .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ليس هذا من تعارض البينتين ، بل هو بمنزلة تردد البينة الواحدة ولو كان من تعارض البينتين فالقسمة عند التعارض رواية مرجوحة وإلا فالصحيح : إما التساقط وإما القرعة فيحتمل أن يقرع هنا ويحتمل أن يرجح بنو البنين . لأن العادة أن الإنسان إذا وقف على ولد بنتيه لا يخص منهما الذكور ، بل يعم أولادهما ، بخلاف الوقف على ولد الذكور فإنه

بعض ذكورهم كثيراً ، كآبائهم . ولأنه لو أراد ولد البنت سماها باسمها ، أو لشَرِكَ بين ولدها وولد سائر بناته .

قال : وهذا أقرب إلى الصواب

وأفتى أيضاً رحمه الله فيمن وقف على أحد أولاده ـ وله عدة أولاد ـ وجعل اسمه : أنه يعم بالقرعة

قوله (وَيُرْجَعُ إِلَى شَرْطِ الوَاقِفِ فِى قَسْمِهِ عَلَى المَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وفِى التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ ، وَالجَمْعِ وَالتَّرْتِيبِ ، وَالتَّسْوِيَةِ وَالتَّفْضِيلِ ، وإِخْرَاجِ مَنْ شَاءَ بِصِفَةٍ وإِدْخَالِهِ بِصِفَةٍ وَفِى النَّاظِرِ فِيهِ ، وَالإِنْفَاقِ عَلَيْهِ وَسَائِرِ أَحْوَالِهِ) .

وكذا لو شرط عدم إجارته ، أو قدر مدة فقاله الأصحاب

وقال الحارثى : وعن بعضهم : جواز زيادة مدة الإجارة على ماشرطه الناظر بحسب المصلحة

قال : وهو يحتاج عندى إلى شىء من تفصيل .

فقوله « يرجع فى قسمه » أى فى تقدير الاستحقاق

و « التقديم » البداءة ببعض أهل الوقف دون بعض كوقفت على زيد وعمرو وبكر . ويبدأ بالدفع إلى زيد ، أو وقفت على طائفة كذا . وبدأ بالأصلح ، أو الأفقه .

و « التأخير » عكس ذلك . وإذا أضيف تقدير الاستحقاق : كان للمؤخر ماتصل ، وإن لم يفصل شىء سقط .

و « الجمع » جمع الاستحقاق مشتركا فى حالة واحدة

و « الترتيب » جعل استحقاق بطن مرتباً على آخر ، كما تقدم

و « الترتيب » مع « التقديم والتأخير » متحد معنى ، لكن المراد فى صورة

التقديم بقاء أصل الاستحقاق للمؤخر ، على صفة أن له ما فضل وإلا سقط . وفى صورة الترتيب : عدم[1] استحقاق المؤخر مع وجود المقدم

و « التسوية » جعل الريع بين أهل الوقف متساوياً .

و « التفضيل » جعله متفاوتا

ومعنى « الإخراج بصفة » و « الإدخال بصفة » جعل الاستحقاق والحرمان مرتبا على وصف مشترط

فترتب الاستحقاق : كالوقف على قوم بشرط كونهم فقراء أو صلحاء

وترتب الحرمان أن يقول : ومن فسق منهم ، أو استغنى فلا شىء له .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : أن الشرط المباح الذى لا يظهر قصد القربة منه : يجب اعتباره فى كلام الواقف .

قال الحارثى : وهو ظاهر كلام الأصحاب . والمعروف فى المذهب : الوجوب .

قال : وهو الصحيح .

وقال فى الفائق ، وقال شيخنا — يعنى به الشيخ تقى الدين رحمه الله — يخرج من شرط كونه قربة : اشتراط القربة فى الأصل يلزم الشروط المباحة . انتهى .

وقال فى الفروع : واختار شيخنا — يعنى به الشيخ تقى الدين — لزوم العمل بشرط مستحب خاصة .

وذكره صاحب المذهب . لأنه لا ينفعه ، ويُعذَّر عليه ، فبذل المال فيه سفه ، ولا يجوز . انتهى

قال الحارثى : ومن متأخرى الأصحاب من قال : لا يصح اشتراطه — يعنى المباح — فى ظاهر المذهب . وعلله . قال : وهذا له قوة ، على القول باعتبار القربة فى أصل الجهة ، كما هو ظاهر المذهب

وإياه أراد بقوله « فى ظاهر المذهب » فيما أرى

---

(١) ضاع هنا ورقة من نسخة المصنف .

ويؤيده من نص الإمام أحمد ـ وذكر النص في الوصية . انتهى

والظاهر : أنه أراد بقوله « من متأخري الأصحاب » الشيخ تقي الدين رحمه الله . وكان في زمنه

وفي كلام صاحب الفروع إيماء إلى ذلك

وقال الشيخ تقي الدين أيضاً : من قدّر له الواقف شيئاً . فله أكثر منه إن استحقه بموجب الشرع

وقال أيضاً : الشرط المكروه باطل اتفاقاً .

فائدة : لو خصص المدرسة بأهل مذهب أو بلد أو قبيلة : تخصصت . وكذلك الرباط والخانقاة والمقبرة . وهذا المذهب . جزم به في التلخيص ، وغيره وصححه الحارثي وغيره .

قال الحارثي : وذكر بعض شيوخنا في كتابه احتمالاً بعدم الاختصاص

وأما المسجد : فإن عين لإمامته شخصاً : تعين . وإن خصص الإمامة بمذهب تخصصت به ، ما لم يكن في شيء من أحكام الصلاة مخالفاً لصريح السنة أو ظاهرها ، سواء كان لعدم الاطلاع ، أو لتأويل ضعيف

وإن خصص مصلين فيه بمذهب ، فقال في التلخيص ، يختص بهم على الأشبه لاختلاف المذاهب في أحكام الصلاة

قال الحارثي : وقال غير صاحب التلخيص ، من متأخري الأصحاب : يحتمل وجهين . وقوى الحارثي عدم الاختصاص

قلت : وهو الصواب

قال في الفائق ، قلت : واختار ابن هبيرة عدم الاختصاص في المسجد بمذهب في الإمام

قال في الفروع ، وقيل : لا تتعين طائفة وقف عليها مسجد أو مقبرة . كالصلاة فيه

وقال أبو الخطاب : يحتمل إن عين من يصلي فيه من أهل الحديث ، أو تدريس العلم : احتمل . وإن سلم ، فلأنه لا يقع التزاحم بإشاعته ، ولو وقع : فهو أفضل . لأن الجماعة تزداد له .

وقيل : تمنع التسوية بين فقهاء ، كسابقة .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : قول الفقهاء « نصوص الواقف كنصوص الشارع » يعني في الفهم والدلالة ، لا في وجوب العمل ، مع أن التحقيق أن لفظه ، ولفظ الموصي ، والحالف ، والناذر ، وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه ، ولغته التي يتكلم بها ، وقت لغة العرب أو لغة الشارع . أم لا

قال : والشروط إنما يلزم الوفاء بها إذا لم تفض إلى الإخلال بالمقصود الشرعي ولا تحول المحافظة على نصها مع فوات المقصود بها .

قال : ومن شرط في القربات . أن يقدم فيها الصنف المفضول فقد شرط خلاف شرط الله كشرطه في الإمامة تقديم غير الأعلم ، والناظر يعتبر لما شرطه الواقف . انتهى .

وإن شرط أن لا يدخل فاسق ، ولا شرير ، ولا متهوك ، ونحوه : عمل به . وإلا توجه أن لا يعتبر في فقهاء ونحوهم

وفي إمام ومؤذن الخلاف .

قال في الفروع وهو ظاهر كلامهم ، وكلام شيخنا في موضع .

وقال الشيخ تقي الدين أيضاً : لا يجوز أن يدخل فاسق في جهة دينية ، كمدرسة وغيرها مطلقاً لأنه يجب الإنكار عليه وعقوبته فكيف يولى ؟

وقال أيضاً إن من يستحق تعزيلا شرعياً لم يجز صرفه بلا موجب شرعي انتهى .

فائدة : قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لو حكم حاكم بصحة وقف فيه شروط — ثم ظهر كتاب الوقف غير ثابت وجب نبوته ، والعمل به إن أمكن .

وقال أيضاً : لو أقر الموقوف عليه : أنه لا يستحق في هذا الوقف إلا مقداراً معلوماً ثم ظهر شرط الواقف أنه يستحق أكثر : حكم له بمقتضى شرط الواقف ولا يمنع من ذلك الإقرار المتقدم . انتهى

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَإِخْرَاجُ مَنْ شَاءَ بِصِفَةٍ ، وَإِدْخَالُهُ بِصِفَةٍ ﴾ .

أن الوقف لو شرط للناظر إخراج من شاء بصفة من أهل الوقف ، وإدخال غيره بصفة منهم : جاز لأنه ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف وإنما هو تعليق لاستحقاق بصفة . فكأنه جعل له حقاً في الوقف إذا اتصف بإرادة الناظر ليعطيه ، ولم يجعل له حقاً إذا انتفت تلك الصفة فيه .

ولو شرط له أن يخرج من شاء من أهل الوقف ، ويدخل من شاء من غيرهم : لم يصح . لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف . فأفسده ، كما لو شرط أن لا ينتفع به .

قال ذلك المصنف ومن تبعه . وقدمه في الفروع .

وقال الحارثي : فرق المصنف بين المسألتين بفرق : والفرق لا يتجه .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : كل متصرف بولاية إذا قيل له « يفعل ما يشاء » فإنما هو لمصلحة شرعية ، حتى لو صرح الواقف بفعل ما يهواه ، وما يراه مطلقاً فشرط باطل لمخالفته الشرع وعدته : أن يكون شرطاً مباحاً وهو باطل . على الصحيح المشهور ، حتى لو تساوى فعلان عمل بالقرعة .

وإذا قيل هنا بالتخيير : فله وجه .

فوائد

الأولى : تعيين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة له على الصحيح من المذهب ونقله الجماعة . قدمه في الفروع وغيره وقطع به أكثرهم ، وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح

منه . وإن اختلف ذلك باختلاف الأزمان ، حتى لو وقف على الفقهاء ، والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد : صرف إلى الجند

وقيل : إن سئل ماء للشرب جاز الوضوء منه

قال في الفروع : فشربُ ماء موقوف للوضوء يتوجه عليه ، وأولى

وقال : الأحرى في الفرس الحبيس : لا يعيره ولا يؤجره إلا لنفع الفرس ولا ينبغي أن يركبه في حاجة إلا لتأديبه وجمال المسلمين ورفعة لهم ، أو غيظ للعدو

وتقدم وجه تحريم الوضوء من ماء زمزم

قال في الفروع : فعلى نجاسة المنفصل واضح

وقيل : المخالفة شرط الواقف أنه لو سئل ماء للشرب ، في كراهة الوضوء منه وتحريمه وجهان في فتاوى ابن الزاغوني وغيرها

وعنه : يجوز إخراج بسط المسجد وحصره لمن ينتظر الجنازة

وأما ركوب الدابة بعلفها وسقيها فيجوز . نقله الشالنجي وجزم به في الفروع وغيره .

الثانية : إذا شرط الواقف لناظره أجرة ، فكلفته عليه حتى تبقى أجرة مثله . على الصحيح من المذهب نص عليه وقدمه في الفروع .

وقال المصنف ومن تبعه : كلفته من غلة الوقف

قيل للشيخ تقي الدين رحمه الله : فله العادة بلا شرط ؟ فقال : ليس له إلا ما يقابل عمله .

وتقدم في باب الحجر : إذا لم يشرط الواقف للناظر أجرة ، هل له الأخذ أم لا ؟

الثالثة : قال الحارثي : إذا أسند النظر إلى اثنين لم يتصرف أحدهما بدون شرط

وكذا إن جعله الحاكم أو الناظر إليهما .

وأما إذا شرطه لكل واحد من اثنين ، استقل كل منهما بالتصرف لاستقلال كل منهما بالنظر .

وقال في المغني : إذا كان الموقوف عليه ناظراً — إما بالشرط ، وإما لانتفاء ناظر مشروط — وكان واحداً : استقل به ، وإن كانوا جماعة ، فالنظر للجميع ، كل إنسان في حصته . انتهى

قال الحارثي : والأظهر أن لواحد منهم في حالة الشرط الاستقلال بحصته ، لأن النظر مستند إلى الجميع ، فوجب الشركة في متعلق النظر ، فما من نظر إلا وهو مشترك

وإن أسنده إلى عدلين من ولده ، فلم يوجد إلا واحد ، أو أبى أحدهما ، أو مات : أقام الحاكم مقامه آخر ، لأن الوقف لم يرض بواحد

وإن جعل كلا منهما مستقلا ، لم يحتج إلى إقامة آخر ، لأن البدل مستغنى عنه ، والناظر لا بدل عليه .

وإن أسنده إلى الأفضل فالأفضل من ولده ، وأبى الأفضل القيام ، فهل ينتقل إلى الحاكم مدة إبائه ، أو إلى من بعده ؟ فيه الخلاف الذي فيما إذا ورد النص الأول ، على ما تقدم . قاله الحارثي .

قلت : وهي قريبة مما إذا غصب ولي الأمر : هل تنتقل الولاية إلى الحاكم أو إلى من بعده من الأولياء ؟ على ما مر في كلام المصنف في أركان النكاح .

وإن عين أحدهم لنصبه ، ثم صار فيهم من هو أفضل منه : انتقل إليه لوجود الشرط فيه

الرابعة لو تنازع ناظران في نصب إمامة — نصب أحدهما زيداً والآخر عمراً — إن لم يستقلا : لم ينعقد الولاية . لانتفاء شرطها . وإن استقلا وعقد : انعقدت للأسبق . وإن جهلا واستوى المنصوبان : قدم أحدهما بالقرعة

الخامسة : يشتمل على أحكام جمة من أحكام الناظر

إذا عزل الواقف مَنْ شَرَطَ النظرَ له : لم ينعزل ، إلا أن يشرط لنفسه ولاية العزل . قطع به الحارثي ، وصاحب الفروع .

ولو مات هذا الناظر في حياة الواقف : لم يملك الواقف نصب ناظر بدون شرط . وانتقل الأمر إلى الحاكم .

وإن مات بعد وفاة الواقف : فكذلك بلا نزاع .

وإن شرط الواقف النظر لنفسه ثم جعله لغيره ، أو فوضه إليه ، أو أسنده : فهل له عزله ؟ فيه وجهان . وأطلقهما في الفروع .

أحدهما : له عزله . قدمه في الرعاية الكبرى فقال : وإن قال « وقفت كذا بشرط أن ينظر فيه زيد » أو « على أن ينظر فيه » أو قال عقبه « جعلته ناظراً فيه » أو جعل النظر له : صح ، ولم يملك عزله

وإن شرطه لنفسه . ثم جعله لزيد ، أو قال « جعلت نظري له » أو « فوضت إليه ما أملكه من النظر » أو « أسندته إليه » فله عزله . ويحتمل عدمه انتهى

قال الحارثي : إذا كان الوقف على جهة لا تنحصر — كالفقراء والمساكين — أو على مسجد ، أو مدرسة ، أو قنطرة ، أو رباط ونحو ذلك . فالنظر للحاكم وجها واحداً .

وللشافعية وجه : أنه للواقف

وبه قال : هلال الرأي من الحنفية .

قال الحارثي . وهو الأقوى

فعليه : له نصب ناظر من جهته ، ويكون نائباً عنه . يملك عزله متى شاء لأصالة ولايته

فكان منصوبه نائباً عنه ، كما في الملك المطلق .

وله الوصية بالنظر لأصالة الولاية ـ إذا قيل : نظره له ـ أن ينصب ويعزل أيضاً كذلك . انتهى .

والوجه الثاني : ليس له عزله . وهو الاحتمال الذي في الرعاية .

وللناظر بالأصالة أن يعزل وينصب أيضاً بشرطه

والمراد بالناظر بالأصالة : الموقوف عليه ، أو الحاكم قاله القاضي محب الدين ابن نصر الله

وأما الناظر المشروط : فليس له نصب ناظر . لأن نظره مستفاد بالشرط . ولم يشرط النصب له .

وإن قيل : برواية توكيل الوكيل : كان له بالأولى لتأكد ولايته من جهة استناد عزله بالعزل

وليس له الوصية بالنظر أيضاً . نص عليه في رواية الأثرم . لأنه إنما ينظر بالشرط . ولم يشرط الإيصاء له ، خلافاً للحنفية .

ومن شرط لغيره النظر إن مات ، فعزل نفسه أو فسق ، فهو كموته . لأن تخصيصه للعذر . ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله

قال في الفروع : ويتوجه لا .

وقلت : ولو قال « النظر بعده له » فهل هو كذلك ، أو المراد بعد نظره ؟ يتوجه وجهين انتهى .

وللناظر التقرير في الوظائف

قال في الفروع : قاله الأصحاب في ناظر المسجد

قال الحارثي : المشروط له نظر المسجد ، له نصب من يقوم بوظائفه ـ من إمام ، ومؤذن ، وقيم ، وغيرهم ـ كما أن لناظر الموقوف عليه نصب من يقوم بمصلحته . من حاكم ونحوه

وإن لم يُشْرَط ناظر لم يكن للواقف ولاية النصب . نص عليه في رواية ، وابن بختان .

قال الحارثي : ويحتمل خلافه على ما تقدم

فعلى الأول : للإمام ولاية النصب . لأنه من المصالح العامة .

وقال في الأحكام السلطانية : إن كان المسجد كبيراً — كالجوامع ، وما عظم وكثر أهله — فلا يؤم فيها إلا من يدبه السلطان . وإن كان من المساجد التي يبنيها أهل الشوارع والقبائل . فلا اعتراض عليهم . والإمامة فيها لمن اتفقوا عليه . وليس لهم بعد الرضى به عزله عن إمامته إلا أن يتغير

قال الحارثي : والأصح أن للإمام النصب أيضاً ، لكن لا ينصب من لا يرضاه الجيران . وكذلك الناظر الخاص لا ينصب من لا يرضونه

وقال الحارثي أيضاً : وهل لأهل المسجد نصب ناظر في مصالحه ووقفه ؟ ظاهر المذهب : ليس لهم ذلك ، كما في نصب الإمام والمؤذن

هذا إذا وجد نائب من جهة الإمام

فأما إذا لم يوجد — كما في القرى الصغار أو الأماكن النائية — أو وجد ، وكان غير مأمون ، أو يغلب عليه نصب من ليس مأموناً : فلا إشكال في أن لهم النصب ، تحصيلاً للغرض ، ودفعاً للمفسدة

وكذا ما عداه من الأوقاف لأهل ذلك الوقف ، أو الجهة : نصب ناظر فيه كذلك

وإن تعذر النصب من جهة هؤلاء فلرئيس القرية أو لمكان النظر والتصرف لأنه محل حاجة . ونص الإمام أحمد رحمه الله على مثله . انتهى .

قال في الفروع : وذكر في الأحكام السلطانية : أن الإمام يقرر في الجوامع الكبار ، كما تقدم . ولا يتوقف الاستحقاق على نصبه إلا بشرط

ولا نظر لغير الناظر معه

قال في الفروع: أطلقه الأصحاب. وقاله الشيخ تقي الدين رحمه الله

ويتوجه مع حضوره: فيقرر حاكم في وظيفة حلت في وظيفة حلت في غيبته.

لما فيه من القيام بلفظ الواقف في مباشرة ودوام نفعه. فالظاهر: أنه يريده.

ولا حجة في تولية الأئمة مع البعد: منعهم غيرهم التولية

فنظيره: منع الواقف التولية لغيبة الناظر

ولو سبق تولية ناظر غائب قدمت.

وللحاكم النظر العام. فيفترض عليه إن فعل ما لا يسوغ.

وله ضم أمين مع تفريطه أو تهمته، يحصل به المقصود. قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله وغيره

وقال أيضاً: ومن ثبت فسقه، أو أضرّ متصرفاً بخلاف الشرط الصحيح، عالماً بتحريمه، قدح فيه

فإما أن ينعزل، أو يعزل، أو يضم إليه أمين، على الخلاف المشهور

ثم إن صار هو أو الوصي أهلاً، عاد، كما لو صرح به، وكالموصوف

وقال أيضاً: متى فرّط: سقط بما له بقدر ما فوته من الواجب. انتهى

وقال في التلخيص: لو عزل عن وظيفته للفسق - مثلاً - ثم تاب، وأظهر العدالة يتوجه أن يقال فيها ما قيل في مسألة الشهادة أو أولى. لأن تهمة الإنسان في حق نفسه ومصلحته أبلغ منها في حق الغير.

والظاهر: أن مراده بالخلاف المشهور: ما ذكره الأصحاب في الموصى إليه إذا فسق: ينعزل أو يضم أمين، على ما يأتي

ويأتي بيان ذلك أيضاً قريباً في الفائدة السابعة

وقال في الأحكام السلطانية: يستحق ماله إن كان معلوماً. فإن قصر فترك بعض العمل لم يستحق ما قابله. وإن كان بجناية منه: استحقه. ولا يستحق الزيادة

وإن كان مجهولا فأجرة مثله . فإن كان مقدراً فى الديوان وعمل له جماعة . فهو أجر المثل

وإن لم يسم له شيئا . فقال فى الفروع : قياس المذهب : إن كان مشهوراً بأخذ الجارى على عمله ، فله جارى مثله ، وإلا فلا شىء له .

وله الأجر من وقت نظره فيه . قاله الأصحاب ، والشيخ تقى الدين

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله . ومن أطلق النظر لحاكم : شمل أى حاكم كان ، سواء كان مذهبه مذهب حاكم البلد زمن الوقف أولا ، وإلا لم يكن له نظر إذا انفرد ، وهو باطل اتفاقا .

وقد أفتى الشيخ نصر الله الحسلى ، والشيخ برهان الدين — ولد صاحب الفروع — فى وقف شرط واقفه « أن النظر فيه لحاكم المسلمين كائنا من كان » بأن الحكام إذا تعددوا يكون النظر فيه للسلطان . يوليه من شاء من المتأهلين لذلك .

ووافق على ذلك القاضى سراج الدين بن البلقينى ، وشهاب الدين البغدادى ، وابن الهائم ، والتقى الحصنى ، والساطى المالكى .

وقال القاضى نجم الدين بن حجى — نقلا ، وموافقة للمتأخرين — إن كان صادراً من الواقف قبل حدوث القضاة الثلاثة ، فالمراد الشافعى . وإلا فهو الشافعى أيضاً على الراجح .

ولو فوضه حاكم لم يجز لآخر نقضه

ولو ولى كل واحد منهما شخصاً قدم ولىّ الأمر أحقهما .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لايجوز توقف شرط النظر لذى مذهب معين دائما .

وقال أيضاً : ومن وقف على مدرس وفقهاء ، فللحاكم ، ثم الحاكم : تقدير أعطيتهم . فلو زاد لم يملك فهو هم .

والحكم بتقديم مدرس أو غيره باطل . لم أحداً يعتد به قال به ، ولا بما

يشبهه ، ولو نقده حكام . وبطلانه لمخالفته مقتضى الشرط والعرف أيضاً

وليس تقدير الناظر أمراً حتماً كتقدير الحاكم . بحيث لا يجوز له ولا لغيره زيادته ونقصه للمصلحة .

وإن قيل : إن المدرس لا يزاد ولا ينقص بزيادة النماء ونقصه : كان باطلاً . لأنه لهم .

والقياس : أنه يسوى بينهم ، ولو تفاوتوا في المنفعة ، كالإمام والجيش في المغنم . لكن دل العرف على التفضيل . وإنما قدم القيّم ونحوه ، لأن ما يأخذه أجرة . وهذا يحرم أخذه فوق أجرة مثله بلا شرط . انتهى كلامه ملخصاً .

ويأتي في كلام المصنف « إذا وقف على من يمكن حصره » .

قال في الفروع : وجعل الإمام والمؤذن كالقيم ، بخلاف المدرس ، والمعيد ، والفقهاء . فإنهم من جنس واحد

وذكر بعضهم في مدرس وفقهاء ومتفقهة ، وإمام وقيم ، ونحو ذلك : يقسم بينهم بالسوية .

قال في الفروع : ويتوجه روايتا عامل زكاة الثمن ، أو الأجرة . انتهى .

قال في الفائق : ولو شرط على مدرس وفقهاء وإمام . فلكل جهة الثلث . ذكره ابن الصيرفي في لفظ المنافع .

قال صاحب الفائق : قلت : يحتمل وجهين ، أحداً من روايتي مدفوع العامل : هل هو الثمن ؟ اعتباراً بالقسمة ، أو أجرة مثله بالنسبة . انتهى .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ولو عطل معل وقف مسجد سنة ، تقسطت الأجرة المستقبلة عليها وعلى السنة الأخرى ، لتقوم الوظيفة فيهما . لأنه خير من التعطيل . ولا ينقص الإمام بسبب تعطل الزرع بعض العام

قال في الفروع : فقد أدخل معل سنة في سنة .

وقد أفتى غير واحد ممن في زمننا فيما نقص عن قدره الواقف كل شهر : أنه يتم مما بعده . وحكم به بعضهم بعد سنين .

وقال : ورأيت غير واحد لا يراه . انتهى .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ومن لم يقم بوظيفته عزله من له الولاية ممن يقوم بها ، إذا لم يتب الأول ويلتزم بالواجب .

ويجب أن يولى في الوظائف وإمامة المساجد الأحق شرعاً ، وأن يعمل كل بما يقدر عليه من عمل واجب .

وقال في الأحكام السلطانية : ولاية الإمامة بالناس طريقها الأولى ، لا الوجوب بخلاف ولاية القضاء والنقابة ، لأنه لو تراضى الناس بإمام يصلي لهم : صح .

ولا يجوز أن يؤم في المساجد السلطانية — وهي الجوامع — إلا من ولاه السلطان ، لئلا يفتات عليه فيما وكل إليه .

وقال في الرعاية : إن رضوا بغيره بلا عذر : كره ، وصح في المذهب ذكره في آخر الأذان

السادسة : لو شرط الواقف نظراً ، ومدرساً ، ومعيداً ، وإماماً ، فهل يجوز لشخص أن يقوم بالوظائف كلها وتنحصر فيه ؟ صرح القاضي في خلافه الكبير بعدم الجواز في الوضوء ، بعد قول الإمام أحمد — رحمه الله — لا يتسول الرجل من السواد . وأطال في ذلك .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله ، في الفتاوى المصرية . وإن أمكن أن يجمع بين الوظائف لواحد : فعل . انتهى .

وتقدم لابن رجب قريب من ذلك في القاعدة السابعة قريباً .

السابعة : يشترط في الناظر الإسلام ، والتكليف ، والكفاية في التصرف ، والخبرة به ، والقوة عليه

ويضم إلى الضعيف قوي أمين

ثم إن كان النظر لغير الموقوف عليه ، وكانت توليته من الحاكم ، أو الناظر : فلا بد من شرط العدالة فيه .

قال الحارثي : بتغير خلاف علته .

وإن كانت توليته من الواقف ـ وهو فاسق ، أو كان عدلا فسق ـ قال المصنف وجماعة : يصح . ويضم إليه أمين .

ويحتمل أن يصح تولية الفاسق . وينعزل إذا فسق

وقال الحارثي : ومن متأخري الأصحاب : من قال بما ذكرناه في الفسق الطارىء ، دون المقارن للولاية والعكس أنسب . فهو في حال المقارنة مسامحة لما يتوقع منه ، بخلاف حالة الطريان انتهى .

وإن كان النظر للموقوف عليه ـ إما بحمل الواقف النظر له ، أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر ـ فهو أحق بذلك ، رجلا كان أو امرأة ، عدلا كان أو فاسقاً . لأنه ينظر لنفسه . قدمه في المغني ، والشرح .

وقيل : يضم إلى الفاسق أمين .

قال الحارثي : أما العدالة فلا نشترط ، ولكن يضم إلى الفاسق عدل . ذكره ابن أبي موسى ، والسامري ، وغيرهما . لما فيه من العمل بالشرط ، وحفظ الوقف انتهى

قلت : وهو الصواب .

وتقدم إذا كان النظر للموقوف عليه ، وكان غير أهل : لصغر ، أو سفه ، أو جنون . فإن وليه يقوم مقامه في النظر ـ إن قلنا : الوقف يملكه الموقوف عليه ـ وإلا الحاكم .

الثامنة : وظيفة الناظر : حفظ الوقف والعمارة ، والإيجار ، والزراعة ، والخصومة فيه ، وتحصيل ريعه ـ من تأجيره ، أو زرعه ، أو ثمره ـ والاجتهاد في تنميته ، وصرفه في جهته ـ من عمارة وإصلاح ، وإعطاء مستحق ـ ونحو ذلك .

وله وضع يده عليه ، وعلى الأصل .

ولكن إذا شرط التصرف له ، واليد لغيره . أو عمارته إلى واحد ، وتحصيل ريعه إلى آخر : فعلى ماشرط . قاله الحارثي .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ونصب المستوفي الجامع للعمال المتفرقين : وهو بحسب الحاجة ، والمصلحة . فإن لم تتم مصلحة قبض المال وصرفه إلا به : وجب . وقد يستغنى عنه لقلة العمال .

قال : ومباشرة الإمام المحاسبة بنفسه كنصب الإمام الحاكم ولهذا كان عليه أفضل الصلاة والسلام يباشر الحكم في المدينة بنفسه ، ويولي مع البعد . انتهى .

التاسع : قال الأصحاب : لا اعتراض لأهل الوقف على من ولاه الواقف إذا كان أمينا ولهم مسألته عما يحتاجون إلى عمله من أمر وقفهم ، حتى يستوي علمهم وعلمه فيه

قال في الفروع : ونصه إذا كان متهماً انتهى

ولهم مطالبته بانتساخ كتاب الوقف ليكون في أيديهم وثيقة لهم .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وتسجيل كتاب الوقف كالعادة .

العاشرة : ما يأخذه الفقهاء من الوقف هل هو كإجارة أو جعالة ، واستحق ببعض العمل ؟ لأنه يوجب العقد عرفاً . وهو كالرزق من بيت المال ؟

فيه ثلاثة أقوال . ذكرها الشيخ تقي الدين رحمه الله واختار الأخير

فقال : وما يؤخذ من بيت المال فليس عوضاً وأجرة . بل رزق للإعانة على الطاعة وكذلك المال الموقوف على أعمال البر ، والموصى به أو المنذور له ، ليس كالأجرة والجعل . انتهى .

قال القاضي في خلافه ، ولا يقال : إن منه ما يؤخذ أجرة عن عمل — كالتدريس ونحوه — لأنا نقول أولاً لا نسلم أن ذلك أجرة محضة ، بل هو رزق وإعانة على طلب العلم بهذه الأمور . وهذا موافق لما قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله أيضاً : ممن أكل المال بالباطل : قوم لم رو نسب أصناف حاجتهم ، وقوم لهم جهات معلومها كثير يجحدونه ويستغنيون بيسير

وقال أيضاً : النيابة في مثل هذه الأعمال المشروطة : جائزة . ولو عينه الواقف إذا كان النائب مثل مستنيبه . وقد يكون في ذلك مفسدة راجحة ، كالأعمال المشروطة في الإجارة على عمل في الذمة انتهى

قوله ﴿ فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ نَاظِرًا . فَالنَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ﴾

هذا المذهب بلا ريب بشرطه . وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم

وقيل : للحاكم قطع به ابن أبي موسى .

واختاره الخرقي ، وقال . قال الأصحاب من نحى هذا النحو على القول بامتلاك الموقوف عليه ملك لآدمي وليس هو عندي كذلك ولا بد إذ يجوز أن تكون لحق من يأتي بعد انتهى .

وأطلقهما في الكافي .

وقال المصنف ، ومن تبعه : ويحتمل أن يكون ذلك مبنياً على أن الملك فيه هل ينتقل إلى الموقوف عليه ، أو إلى الله ؟

فإن قلنا : هو للموقوف عليه ، فالنظر فيه له .

وإن قلنا : هو لله تعالى ، فالنظر للحاكم . انتهى

قلت : قد تقدم أن الخلاف هنا مبني على الخلاف هناك . وعليه الأصحاب .

قال الخرقي هنا إذا قلنا : النظر للموقوف عليه . فيكون بناء على القول بملكه ، كما هو المشهور عندهم . انتهى

فعلل المصنف ما طلع على ذلك فوافق احتماله ماقالوه ، أو تكون طريقة أخرى في المسألة وهو أقرب .

تنبيه : محل الخلاف : إذا كان الموقوف عليه معيناً ، أو جمعاً محصوراً

فأما إن كان الموقوف عليهم غير محصورين ـ كالفقراء والمساكين ـ أو على

مسجد ، أو مدرسة ، أو قنطرة ، أو رباط ، ونحو ذلك . فالنظر فيه للحاكم ، قولا واحداً .

وسأله المروذى . عن دار موقوفة على المسلمين إن تنزع رجل فقام بأمرها ، وتصدق بغلتها على الفقراء ؟ فقال : ما أحسن هذا .

قال الحارثى : وفيه وجه للشافعية : أن النظر يكون للواقف قال : وهو الأقوى .

قال : وعلى هذا له نصيب ناظر من غلته . ويكون نائباً عنه ، يملك عزله متى شاء .

وله أيضاً الوصية بالنظر ، لأصالة الولاية .

وتقدم ذلك وغيره بأتم من هذا قريبا

قوله ﴿ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ غَلَّتِهِ ﴾ .

مراده : إذا لم يعين الواقف النفقة من غيره . وهو واضح

فإن لم يعينه من غيره : فهو من غلته .

وإن عينه من غيره : فهو منه ، بلا نزاع بين الأصحاب .

وقال الحارثى : وخالف المالكية فى شىء منه ، فقالوا : لو شرط النفقة على الموقوف : لم يجز . ووجبت فى الغلة

وعن بعضهم : يرد للوقف ما ينقص . لأن ذلك بمثابة العوض فى موضوع الصدقة .

قال الحارثى : وهذا أقوى . انتهى .

وإذا قلنا : هو من غلته ، فلم تكن له غلة

فلا يخلو : إما أن يكون فيه روح أو لا .

فإن كان فيه روح ، فلا يخلو : إما أن يكون الوقف على معين أو معينين ، أو غيرهم .

فإن كان على معينين : فالصحيح من المذهب : وجوب نفقته على الموقوف عليهم . وعليه أكثر الأصحاب . منهم : المصنف ، والشارح ، وصاحب التنقيح والحارثي ، وغيرهم .

قال الحارثي : بناء على أنه ملكهم

وذكر المصنف : وجهاً بوجوبها في بيت المال .

قال الحارثي : ويحسن بناؤه على انتفاء ملك الآدمي للموقوف . قال : وبه أقول

ثم إن تعذر الإنفاق من بيت المال ، أو من الموقوف عليه ـ على القول بوجوبها عليه ـ بِيعَ وصُرِف الثمن في عين أخرى تكون وقفاً لمحل الضرورة . قاله الحارثي

قلت : فيعايى بها

وإن كان عدم العمل لأجل أنه ليس من شأنه أن يُسْتَعْمَلَ ـ كالعبد يخدمه ، والفرس يغزو عليه ، أو يركبه ـ أُوجِر بقدر نفقته . قاله الحارثي ، وغيره

وهو داخل في عموم كلام المصنف .

وإن كان الوقف الذي له روح على غير معين ـ كالمساكين ، والغزاة ، ونحوهم ـ فنفقته في بيت المال ذكره القاضي ، وابن عقيل ، وغيرهما . قاله الحارثي .

وينفقه بإجارة بقدر النفقة حيث أمكن ، مالم يتعطل النفع الموقوف لأجله .

ثم إن تعذر ففي بيت المال . وإن تعذر الإنفاق من بيت المال : بيع ولا بد . قاله الحارثي .

قلت : فيعايى بها أيضا .

وإن مات العبد : فمؤنة تجهيزه ـ على ماقلنا ـ في نفقته على ماتقدم .

وإن كان الوقف لا روح فيه ـ كالعقار ، ونحوه ـ لم تجب عمارته على أحد مطلقا . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب وجزم به الحارثي وغيره

قال في الفروع : وهو قول غير الشيخ تقي الدين ، كالطلق .

قال في التلخيص : إلا من يريد الانتفاع به ، فيعمره باختياره

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يجب عمارة الوقف بحسب البطون .

فوائد

الأولى : لو احتاج الخان المسبّل ، أو الدار الموقوفة لسكنى الحاج ، أو الغزاة ، إلى مرمة : أُوجِرَ جزء منه بقدر ذلك

الثانية : قال في الفروع : وتُقدم عمارة الوقف على أرباب الوظائف .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : الجمع بينهما حسب الإمكان أولى . بل قد يجب . انتهى

وقال الحارثي : عمارته لا تخلو من أحوال

أحدها : أن يشترط البداءة بها ، كما هو المعتاد . فلا إشكال في تقديمها

الثاني : اشتراط تقديم الجهة عليها . فيجب العمل بموجبه ، ما لم يؤد إلى التعطيل . فإن أدى إليه : قدمت العمارة . فيكون عقد الوقف مخصصاً للشرط

وهذا على القول ببطلان تأقيت الوقف

أما على صحته : فتقدم الجهة كيف كان

الثالث : اشتراط الصرف إلى الجهة في كل شهر كذا ، فهو في معنى اشتراط تقديمه على العمارة . فيترتب ما قلنا في الثاني

الرابع : إيقاع الوقف على فلان ، أو جهة كذا — وبعض له — انتهى

الثالثة : يجوز للناظر الاستدانة على الوقف بدون إذن الحاكم لمصلحة ، كشرائه للوقف بسيئة ، أو بنقد لم يعينه . قطع به الحارثي ، وغيره

وقدمه في الفروع . وقال . ويتوجه في قرضه مالاً : كوليّ .

الرابعة : لو أجر الموقوف عليه الوقف ثم طلب زيادة ، فلا فسخ . بلا نزاع .

ولو أجر المتولى ماهو على سبيل الخيرات ، ثم طلب زيادة أيضاً ، فلا فسخ أيضاً . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يحتمل أن يفسخ . ذكره فى التلخيص .

الخامسة : إذا أجره بدون أجرة مثل : صح . وضمن النقص ، كبيع الوكيل بأنقص من ثمن المثل . قاله فى القاعدة الخامسة والأربعين

وقال فى الفائق : وهل للموقوف عليه إجارة الموقوف بدون أجرة المثل ؟ يحتمل وجهين .

السادسة : يجوز صرف الموقوف على عمارة المسجد ـ كبناء منارته ، وإصلاحها وكذا بناء منبره ، وأن يشترى منه سلما للسطح ، وأن يبنى منه ظلته

ولا يجوز فى بناء مرحاض ، ولا فى زخرفة المسجد ، ولا فى شراء مكانس ومخارف . قاله الحارثى

وأما إذا وقف على مصالح المسجد ، أو على المسجد ـ بهذه الصيغة ـ فجائز صرفه فى نوع العمارة ، وفى مكانس ، ومخارف ، ومساحى ، وقناديل ، وفرش ، ووقود ، ورزق إمام ، ومؤذن ، وقيم

وفى نوادر المذهب ، لابن الصيرفى : منع الصرف منه فى إمام ، أو بوارى

قال : لأن ذلك مصلحة للمصلين لا للمسجد . ورده الحارثى

السابعة : قال فى نوادر المذهب : لو وقف داره على مسجد ، وعلى إمام يصلى فيه : كان للإمام نصف الريع كما لو وقفها على زيد وعمرو

قال : ولو وقفها على مساجد القرية ، وعلى إمام يصلى فى واحد منها : كان الريع بينه وبين كل المساجد نصفين . انتهى . وتابعه الحارثى

قلت : يحتمل أن يكون له قدر محصل لمجد واحد وله نظائر

قوله ﴿ وَإِنْ وقف على أَوْلَادِهِ . ثُمَّ عَلَى المَسَاكِينِ . فَهُوَ لِوَلَدِهِ الذُّكُورِ وَالإِنَاثِ بِالسَّوِيَّةِ ﴾ .

نص عليه ولا أعلم فيه خلافاً .

لكن لو حدث الواقف ولد بعد وقفه : ففي دخوله روايتان

وأطلقهما في الفروع ، والقواعد الفقهية في القاعدة الثامنة بعد المائة .

إحداهما : يدخل معهم . اختاره ابن أبي موسى وأفتى به ابن الزاغوني ، وهو ظاهر كلام القاضي ، وابن عقيل .

والرواية الثانية : لا يدخل معهم وهو مذهب قدمه في الفروع ، والمحرر والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم ، وغيرهم

وجزم به في المنور ، وغيره والوصية كذلك

قوله ﴿ وَلَا يَدْخُلُ وَلَدُ البَنَاتِ ﴾

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب

وقطع به في المحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم

قال المصنف ، والشارح : لا يدخلون بغير خلاف .

وقدمه في الفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وصححه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم .

وقيل : يدخلون اختاره أبو بكر بن حامد

قال الحارثي : وإذا قيل يدخول ولد الولد : هل يدخل ولد البنات ؟

جزم المصنف وغيره هنا بعدم الدخول ، مع إيرادهم الخلاف فيه فيما إذا قال « على أولاد الأولاد » كما في الكتاب .

قال : والصواب التسوية بين الصورتين فيطرد في هذه مالك الأخرى ، لتناول الولد والأولاد للبطن الأول ، فما بعده .

قوله ﴿ وَهَلْ يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

ظاهر كلامه : أنهم سواء كانوا موجودين حالة الوقف أو لا ولا شك أن الخلاف جار فيهم .

إحداهما : يدخلون مطلقاً . وهو المذهب . نص عليه في رواية المروذي ، ويوسف بن موسى ، ومحمد بن عبد الله المنادي

وجزم به في الوجيز ، وغيره .

قال الحارثي : المذهب دخولهم .

قال الناظم : وهو أولى .

وقدمه في التلخيص ، والحارثي ، وصاحب القواعد الفقهية في القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة ، وشرح ابن رزين

واختاره الخلال ، وأبو بكر عبد العزيز ، وابن أبي موسى ، وأبو الفرج الشيرازي ، والقاضي فيما علقه بخطه على ظهر خلافه ، وغيرهم

والرواية الثانية : لا يدخلون مطلقاً

قال المصنف ـ في باب الوصية ـ والقاضي ، وابن عقيل . لا يدخلون بدون قرينة

قال المصنف ، والشارح : اختاره القاضي ، وأصحابه

وعنه : يدخلون إن كانوا موجودين حالة الوقف ، وإلا فلا

قدمه في الرعايتين ، والفائق ـ وقال : نص عليه ـ والحاوي الصغير .

وذكر القاضي في أحكام القرآن : إن كان ثم ولد : لم يدخل ولد الولد ، وإن لم يكن ولد : دخل واستشهد بآية المواريث

وأطلق الخلاف فى الفروع فى الموجودين حالة الوقف . وقدم عدم الدخول فى غير الموجودين .

وهذا مستثنى مما اصطلحت عليه فى أول الكتاب

فعلى القول بعدم الدخول : قال القاضى ، والمصنف ، والشارح ، وابن حمدان وغيرهم : إن قال « على ولدى ، وولد ولدى . ثم على المساكين » دخل البطن الأول والثانى ، ولم يدخل البطن الثالث .

وإن قال « على ولدى وولد ولد ولدى » دخل ثلاث بطون ، دون من بعدهم .

قال المارقى : وهو وفق رواية أبى طالب .

تنبيهان

الأول : حيث قلنا بدخولهم ، فلا يستحقون إلا بعد آبائهم مرتباً على الصحيح من المذهب لقوله « بطناً بعد بطن ، أو الأقرب فالأقرب »

قدمه فى الفائق ، وقال : هو ظاهر كلامه

قال فى الفروع : والأصح مرتباً

وصححه فى النظم أيضاً

وقيل : يستحقون معهم .

وأطلقهما فى القواعد .

وقلت : وفى « الترتيب » هل هو ترتيب بطن على بطن ، فلا يستحق أحد من ولد الولد شيئاً ، مع وجود فرد من الأولاد أو ترتيب فرد على فرد . فيستحق كل ولد نصيب والده بعد فقده أو على وجهين

والثانى : منصوص الإمام أحمد رحمه الله انتهى .

الثانى : حكم ما إذا أوصى لولده فى دخول ولد ولده : حكم الوقف قاله فى الفروع ، وغيره

وحكاه فى القواعد عن الأصحاب

قال : وذكر أبو الخطاب : أن الإمام أحمد رحمه الله نص على دخولهم .

والمعروف عن الإمام أحمد : إنما هو فى الوقف .

وأشار الشيخ تقى الدين رحمه الله إلى دخولهم فى الوقف دون الوصية . لأن الوقف تمليك ، والوصية تمليك للموجودين . فيختص بالطبقة الموجودة .

فوائد

إحداها : لو قال « على ولد فلان - وهم قبيلة » أو قال « على أولادى وأولادهم » فلا ترتيب

وسأله ابن هانىء : عمن وقف شيئاً على فلان مدة حياته ولولده ؟ قال : هو له حياته . فإذا مات فلولده

وإذا قال « على ولدى » فإذا انقرضوا فللفقراء » حمله على الصحيح . وقيل : لا يشمله .

الثانية : لو اقترن باللفظ ما يقتضى الدخول : دخلوا بلا خلاف . كقوله « على أولادى - وهم قبيلة » أو « على أولاد أولاد أولادى أبداً ما تناسلوا وتعاقبوا » أو « على أولادى » وليس له إلا أولاد أولاد أو « على أولادى : الأعلى فالأعلى » أو « تحجب الطبقة الصغرى الطبقة العليا » وما أشبه هذا .

وإن اقتضى عدم الدخول : لم يدخلوا بلا خلاف كقوله « على ولدى لصلبى » أو « الذين يرثونى » ونحو ذلك ، على ما يأتى فى قوله « ولدى لصلبى » .

الثالثة : لو قال « على أولادى » وقد انقرض أولادى وأولاد أولادى . فعلى المساكين »

قال فى المحرر . والكافى : يدخل أولاد الأولاد لأن الشرط انقراضهم دون إرادتهم بالوقف . وقدمه فى الرعايتين

وفى الكافى وجه : بعدم الدخول . لأن اللفظ لا يتناولهم فهو منقطع الوسط يصرف بعد انقراض أولاده مصرف المنقطع فإذا انقرض أولادهم : صرف إلى المساكين

وأطلقهما فى الحاوى الصغير .

الرابعة : قال فى التلخيص : إذا جهل شرط الواقف ، وتعذر العثور عليه : قسم على أرباب الوظائف بالسوية

فإن لم يعرفوا جعل كوقف مطلق لم يذكر مصرفه . انتهى .

وقال فى الكافى : لو اختلف أرباب الوظائف فيه : رجع إلى الواقف .

فإن لم يكن تساووا فيه ، لأن الشركة ثبتت ولم تثبت التفضيل فوجبت التسوية ، كما لو شرك بينهم بنفسه انتهى

وقال الجرجانى : إن تعذر الوقوف على شرط الواقف ، وأمكن التأسى بتصرف من تقدم ممن يوثق به : رجع إليه . لأنه أرجح ممن بعده . والظاهر صحة تصرفه ، ووقوعه على الوفق .

وإن تعذر ـ وكان الوقف على عمارة أو إصلاح ـ صرف بقدر الحاجة .

وإن كان على قوم ، وثم عُرْف فى مقادير الصرف ـ كفقهاء المدارس ـ رجع إلى العرف لأن الظاهر وقوع الشرط على وفقه

وأيضاً : فالأصل عدم تقييد الواقف . فيكون مطلقاً ، والمطلق منه يثبت له حكم العرف

وإن لم يكن عرف سوى بينهم لأن التشريك ثابت ، والتفضيل لم يثبت . انتهى

وقال : وذكر المنصف نحوه .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنه يرجع فى ذلك إلى العرف والعادة وهو الصواب

وقال ابن رزين في شرحه : إذا ضاع كتاب الوقف وشرطه ، واختلفوا في التفضيل وعدمه : احتمل أن يسوى بينهم لأن الأصل عدم التفضيل واحتمل أن يفضل بينهم لأن الظاهر : أنه يجعله على حسب إرثهم منه

وإن كانوا أجانب : قدم قول من يدعي التسوية وينكر التفاوت . انتهى .

تنبيه : يأتي في باب الهبة — في كلام المصنف — هل تجوز التسوية بين الأولاد أم لا ؟ وهل تستحب التسوية ، أم تستحب أن تكون على حسب الميراث ؟

قوله ﴿ وإنْ وَقَفَ عَلَى عَقِبِهِ ، أَوْ وَلَدِ وَلَدِهِ ، أَوْ ذُرِّيَّتِهِ . دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ البَنِينَ ﴾ بلا نزاع . في « عقبه » أو « ذريته » .

وأما إذا وقف على ولده وولد ولده : فهل يشمل أولاد الولد الثاني ، والثالث ، وهلم جرا ؟

تقدم عن القاضي والمصنف والشارح وغيرهم : أنه لا يشمل غير المذكورين .

وقوله ﴿ وَنُقِلَ عَنْهُ : لاَ يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ البَنَاتِ ﴾ .

إذا وقف على ولد ولده ، أو قال « على أولاد أولادي وإن سفلوا »

فنص الإمام أحمد رحمه الله في رواية المروذي . أن أولاد البنات لا يدخلون . وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب

قال في الهداية ، والمستوعب : وإن وصى لولد ولده ، فقال أصحابنا : لا يدخل فيه ولد البنات . لأنه قال في الوقف على ولد ولده لا يدخل فيه ولد البنات .

قال الزركشي : مفهوم كلام الخرقي أنه لا يدخل ولد البنات وهو أشهر الروايات .

واختاره القاضي في التعليق ، والجامع ، والشيرازي ، وأبو الخطاب في خلافه الصغير . انتهى

قال في الفروع : لم يشمل ولد بناته إلا بقرينة . اختاره الأكثر

وجزم به في الوجيز وغيره .

وقدمه في الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والفروع .

وصححه في تجريد العناية .

قال في الفائق : اختاره الخرقي ، والقاضي ، وابن عقيل ، والشيخان — يعني بهما : المصنف ، والشيخ تقي الدين — وهو ظاهر ما قدمه الخرقي

ونقل عنه في الوصية : يدخلون

وذهب إليه بعض أصحابنا . وهذا مثله .

قلت : بل هي هنا رواية منصوصة من رواية حرب .

قال في القواعد : ومال إليه صاحب المغني .

وهي طريقة ابن أبي موسى ، والشيرازي .

قال الشارح : القول بأنهم يدخلون أصح وأقوى دليلا . وصححه الناظم .

واختاره أبو الخطاب في الهداية — في الوصية — وصاحب الفائق .

وجزم به في منتخب الأدمي .

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وأطلقهما في القواعد الفقهية

وقال أبو بكر ، وابن حامد : يدخلون في الوقف ، إلا أن يقول « على ولد ولدي لصلبي » فلا يدخلون

وهي رواية ثالثة عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال في المذهب : فإن قال « لصلبي » لم يدخلوا وجهاً واحداً

قال في المستوعب ، والتلخيص : فإن قيد فقال « لصلبي » أو قال « من ينتسب إلي منهم » فلا خلاف في المذهب أنهم لا يدخلون

وحكى القاضي عن أبي بكر ، وابن حامد : إذا قال « ولد ولدي لصلبي » أنه يدخل فيه ولد بنته لصلبه لأن بنت صلبه : ولده حقيقة ، بخلاف ولد ولدها

قال الحارثي - وقول الإمام أحمد رحمه الله « لصلبه » قد يريد به ولد البنين ، كما هو المراد من إيراد المصنف عن أبي بكر . فلا يدخلون ، حملا لولد البنين . ولد الظهر ، وولد البنات ولد البطن فلا يكون نصاً في المسألة .

وقد يريد به ولد البنت التي تليه . فيكون نصاً . وهو الظاهر . انتهى .

وفي المسألة قول رابع : بدخول ولد بناته لصلبه ، دون ولد ولدهن .

تنبيه : ماتقدم من الخلاف : إنما هو فيما إذا وقف على ولد ولده ، أو قال « على أولاد أولادي » .

وكذا الحكم ، والخلاف ، والمذهب إذا وقف على عقبه أو ذريته ، كما قال المصنف ، عند جماهير الأصحاب .

وممن قال بعدم الدخول هنا . أبو الخطاب ، والقاضي أبو الحسين . وابن بكروس قاله الحارثي .

وقال : قال مالك بالدخول في « الذرية » دون « العقب » وبه أقول .

وكذلك القاضي - في باب الوصايا من المجرد - وابن أبي موسى ، والشريفان - أبو جعفر ، والزيدي - وأبو الفرج الشيرازي قالوا بعدم الدخول في « العقب » انتهى .

قال في الفروع - بعد أن ذكر ولد ولده وعقبه وذريته - وعنه : يشملهم غير ولد ولده .

وقال في التبصرة : يشمل الذرية ، وأن الخلاف في ولد ولده

تنبيهان

الأول : حكى المصنف هنا عن أبي بكر ، وابن حامد ، أنهما قالا : يدخلون في الوقف ، إلا أن يقول « على ولد ولدي لصلبي » .

وكذا حكاه عنهما أبو الخطاب في الهداية

وكذا حكاه القاضي عنهما فيما حكاه صاحب المستوعب ، والتلخيص .

وحكى المصنف في المعنى ، والشارح ، والقاضي في الروايتين : أن أبا بكر ، وابن حامد اختارا دخولهم مطلقاً ، كالرواية الثانية .

وقال ابن البنا في الخصال : اختار ابن حامد أنهم يدخلون مطلقاً ، واختار أبو بكر : يدخلون ، إلا أن يقول « على ولد ولدي نصلي » .

قال الزركشي : وكذا في المعنى القديم فيما أظن .

الثاني : محل الخلاف : مع عدم القرينة .

أما إن كان معه ما يقتضي الإخراج : فلا دخول بلا خلاف ، قاله الأصحاب كقوله « على أولادي ، وأولاد أولادي النسبين إليّ » ونحو ذلك .

وكذا إن كان في اللفظ ما يقتضي الدخول ، فإنهم يدخلون ، بلا خلاف قاله الأصحاب كقوله « على أولادي ، وأولاد أولادي ، على أن لولد الإناث سهماً ، ولولد الذكور سهمين » أو « على أولادي فلان وفلان ، وفلانة ، وأولادهم . وإذا حدث الأرض ممن يرجع نسبه إليّ من قبل أب أو أم ، فلهم كيت » أو « على أن من مات منهم فنصيبه لولده » ونحو ذلك .

ولو قال « على البطن الأول من أولادي ، ثم على الثاني ، والثالث ، وأولادهم » والبطن الأول بنات : فكذلك يدخلون ، بلا خلاف

فوائد

الأولى : لفظ « النسل » كلفظ « العقب ، والذرية » في إفادة ولد الولد ، قريبهم وبعيدهم .

وكذا دخول ولد البنات وعدمه عند أكثر الأصحاب .

قال القاضي في المجرد : لا يدخل ولد البنات . كما قال في « العقب » وهو اختيار السامري

وذكر أبو الخطاب خلافه . ورده في الوصايا

الثانية : لو قال « علي بني بني » أو « بني بني فلان » فكـ « أولاد أولادي وأولاد أولاد فلان »

وأما ولد البنت . فقال الحارثي : ظاهر كلام الأصحاب هنا : أنهم لا يدخلون مطلقاً

الثالثة : « الحفيد » يقع على ولد الابن والبنت ، وكذلك « السبط » ولد الابن والبنت .

الرابعة : لو قال « لهاشمي » على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين » لم يدخل من أولاد بنته من ليس هاشمياً . والهاشمي منهم في دخوله وجهان . ذكرهما المصنف وغيره .

وسماها القاضي على الخلاف في أصل المسألة

ثم قال المصنف أولاهما الدخول ، مطلقاً بوجود الشرطين : وصف كونه من أولاد أولاده ، ووصف كونه هاشمياً .

والوجه الثاني - عدم الدخول وأطلقهما الحارثي ، وصاحب الغائق

قال الحارثي : ولو قال « على أولادي وأولاد أولادي المنتسبين إلى قبيلتي » فكذلك .

الخامسة : تتحدد حق الحمل : بوضعه - من ثمر ، وزرع - كمشتر . قاله المرودي .

وجزم به في المغني ، والشرح ، والحارثي .

وقال : ذكره الأصحاب في الأولاد وقدمه في الزرع .

وقيل يعتبر . يستحق من زرع قبل بلوغه الحصاد ، ومن نحل لم يؤبر .

قبل قطع الزرع الحصيد ، أو أبر النحل : لم يستحق منه شيء

وقطع به في المنهج والقواعد .

وقال وكذلك الأصحاب صرحوا بالفرق بين المؤبر وغيره هنا منهم ابن

أبي موسى ، والقاضي ، وأصحابه . مطلقين بتبعية غير المؤبر في العقد . فكذا في الاستحقاق .

وقال في المستوعب : يستحق قبل حصاده

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : الثمرة للموجود عند التأبير أو بدوّ الصلاح .

قال في الفروع : ويشبه الحمل إن قدم إلى ثمر موقوف عليه ، أو خرج منه إلى بلد موقوف عليه فيه . نقله يعقوب .

وقياسه : من نزل في مدرسة ونحوه .

وقال ابن عبد القوي : ولقائل أن يقول : ليس كذلك . لأن واقف المدرسة ونحوها جعل ريع الوقف في السنة . كالجعل على اشتغال من هو في المدرسة عاماً فينبغي أن يستحق بقدر عمله من السنة من ريع الوقف في السنة لئلا يفضي إلى أن يحضر الإنسان شهراً ـ مثلاً ـ فيأخذ معلوم جميع الوقف . ويحضر غيره باقي السنة بعد ظهور العشرة . فلا يستحق شيئاً . وهذا يأباه مقتضى الوقوف ومقاصدها . انتهى

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يستحق بحصته من عمله

وقال : من حمله كالولد فقد أسطأ

قوله ﴿ وَإِنْ وَقَفَ عَلَى بَنِيهِ ، أَوْ بَنِي فُلَانٍ . فَهُوَ لِلذُّكُورِ خَاصَّةً إِلَّا أَنْ يَكُونُوا قَبِيلَةً . فَيَدْخُلُ فِيهِ النِّسَاءُ دُونَ أَوْلَادِهِنَّ مِنْ غَيْرِهِمْ ﴾ .

إذا كانوا قبيلة ، وقال ذلك : اختص به الذكور بلا نزاع

وإن كانوا قبيلة . لحرم المصنف دخول أولاد النساء من غيرهم وهو أحد الوجهين

وجزم به في المغني ، والشرح ، والوجيز .

وقيل يدخولهم قدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق .

قوله ﴿ وَإِنْ وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ ، أَوْ قَرَابَةِ فُلَانٍ . فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالأُنْثَى مِنْ أَوْلَادِهِ ، وَأَوْلَادِ أَبِيهِ ، وَجَدِّهِ ، وَجَدِّ أَبِيهِ ﴾

يعني بالسوية بين كبيرهم وصغيرهم ، وذكرهم وأنثاهم ، وعنيهم وفقيرهم بشرط أن يكون مسلماً وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب

قال الحارثي : هذا المذهب عند كثير من الأصحاب : الخرقي والقاضي ، وأبي الخطاب ، وابن عقيل ، والشريفين — أبي جعفر ، والرزي — وغيرهم .

قال الزركشي هذا اختيار الخرقي ، والقاضي ، وعامة أصحابه .

وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وعنه يختص بولده وقرابة أبيه ، وابن عما مطلقاً . اختاره الحارثي .

وقدمه في المحرر ، والنظم

قال المصنف ، والشارح . على هذه الرواية - يعطى من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينتسبون إلى الأب الأدنى انتهى .

ومثاله لو وقف على أقارب المصنف — وهو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر ، رحمهم الله — فالمستحقون هم المنتسبون إلى قدامة لأنه الأب الذي اشتهر الانتساب للمصنف إليه

وقال في الهداية : مثل أن يكون من ولد المهدي فيعطى كل من ينتسب إلى المهدي .

ومثل في المذهب بما إذا كان من ولد المتوكل .

ومثل في المستوعب بما إذا كان من ولد العباس .

وعنه يختص بثلاثة آباء فقط .

فعليه : لا يعطى الولد شيئاً .

قال القاضي : أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة

قال المصنف وغيره : وليس بشيء .

وعنه يختص منهم من يصله . نقله ابن هانئ وغيره . وصححه القاضي ، وجماعة

وقال صالح : إن وصل أعمامه أعطوا ، وإلا فالفقراء أولى .

وأحد منه الخرقي عدم دخولهم في كل لفظ عام .

واختار أبو محمد الجوزي أن القرابة مختصة بقرابة أبيه ، إلى أربعة آباء

قال الزركشي : وشذ ابن الزاغوني في وصيته بأن أعطى أربعة آباء فوقف فأدخل جد الجد

فعلى هذا لا يدفع إلى ولد

قال : وهو مخالف للأصحاب انتهى .

قلت : نقل صالح : القرابة يعطى أربعة آباء .

وقد قال في الخلاصة : وإن وصى لأقاربه ، دخل في وصية الأب والجد وأبو الجد ، وجد الجد ، وأولادهم .

قال في الرعاية : لو وقف على قرابته : شمل أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه وعمه : وجد جده .

فكلام الزركشي فيه شيء . وهو أنه شذ من قال ذلك

وقد نقله صالح عن الإمام أحمد رحمه الله .

وحكم على القول بذلك بأن لا يدفع إلى الولد شيء

وليس ذلك في كلام ابن الزاغوني . بل مصرح به في كلام من قال بقوله خلاف ذلك . وهو صاحب الخلاصة . وظاهر رواية التي في الرعاية .

وقيل : قرابته كآبائه ، على ما مر .

وعنه : إن كان بعض قرابته من قبل أمه في حياته : صرف إليه ، وإلا فلا .

قال الخرقي : وهذه عنه أشهر

واختارها القاضي أبو الحسين وغيره ، وقالا : هي أصح .

وقيل تدخل قرابة أمه ، سواء كان يصلهم أولا

قال الزركشي : وكلام ابن الزاغوني في الوجيز يقتضي . أنه رواية

فعلى هذا — والذي قبله — يدخل إخوته وأخواته وأولادهم ، وأخواله وخالاته ، وأولادهم

وهل يتقيد قرابة أمه أيضاً ؟ فيه روايتان وأطلقهما الحرقي .

وفي الكافي احتمال مدخول كل من عرف قرابته من جهة أبيه وأمه ، من غير تقييد قرابة أمه ونحوه في المغني ، والشرح . وكذلك القاضي في المجرد .

قال الحرقي : وهو الصحيح إن شاء الله تعالى .

قال ناظم المفردات :

من أوصى للقرابة قل : لا يدخل منهم سوى من في العيلة يصل
فإن تكن صلاته منقطعة وهم لأم إذن ممنعة
وعم الباقي من الأقرب من جهة الأب ، ولا تورب
وفي القريب كافر لا يدخل وعن أهيل قرية يعزل

تنبيه : الوصية كالوقف في هذه المسائل . كما قال المصنف بعد ذلك .

وبقي في كلام المصنف في باب الوصية له ، إذا أوصى لأقرب قرابته ، والوقف كذلك ، فانقل ما بقي هنا إلى هنا

قوله ﴿ وأهل بيته بمنزلة قرابته ﴾

هذا المذهب نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به في الخلاصة ، والوجيز ، ومنتخب الأزجي ، وغيرهم .

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغني ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، والزركشي ، وغيرهم

وقال الحرقي : يعطى من قبل أبيه وأمه .

واختار أبو محمد الجوينى : أن أهل بيته كقرابة أبويه .

واختار الشيرازى : أنه يعطى من كان يصله فى حياته من قبل أبيه وأمه ، ولو جاور أربعة آباء . وهذا صالح

وقيل : أهل بيته كذوى رحمه على ما يأتى فى كلام المصنف قريباً .

وعنه ، أزواجه من أهل بيته ومن أهله . ذكرها الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال : فى دخولهن فى « آله وأهل بيته » روايتان أصحهما : دخولهن ، وأنه قول الشريف أبى جعفر وغيره

وتقدم ذلك فى صفة الصلاة عند قوله « اللهم صل على محمد ، وعلى آل محمد »

وقال فى الفروع : وظاهر الوسيلة أن لفظ « لأهل » كالقرابة ، وظاهر الواضح : أنهم كنسائه

وذكر القاضى . أن أولاد الرجل لا يدخلون فى أهل بيته .

قال المصنف وغيره : وليس بشىء

فائدة : « آله » كأهل بيته خلافاً ومذهباً

وتقدم كلام الشيخ تقى الدين رحمه الله وغيره فى « الآل » فى صفة الصلاة . فليعاود .

و « أهله » من غير إضافة إلى « البيت » وكإضافته إليه . قاله المجد

وذكر عن القاضى فى دخول الزوجات هنا وجهين

واختار الخرقى الدخول . وهو الصواب . والسنة طافحة بذلك

قوله ﴿ وقومُهُ ونُسَباؤُهُ كقَرَابَتِه ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الخلاصة ، والوجيز ، وغيرهما

وقدمه فيهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، والشرح ، وغيرهم

وقيل : هم كذوى رحمه

وقيل : قومه كقرابته ونساؤه كذوى رحمه . جزم به فى منتخب الأرجى واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى المحرر ، والنظم

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : و « نساؤه » كأهل بيته وقومه وقدّما : أن « قومه » كقرابته .

وقال أبو بكر : هما كأهل بيته .

واقتصر عليه فى الهداية . وقطع به فى المذهب

قال فى المستوعب ـ بعد أن ذكر ماحكاه أبو الخطاب عن أبى بكر ـ وذكر أبو بكر فى التنبيه : أنه إذا قال « لأهل بيتى » أو « قومى » فهو من قبل الأب .

وإن قال « أنسابى » فمن قبل الأب والأم . انتهى .

ويأتى كلام القاضى فى « الأنساب » عند الكلام على ذوى الرحم .

واختار أبو محمد الجوزى : أن « قومه » كقرابة أبيه .

وقال ابن الجوزى : « القوم » الرجال دون النساء ، وفاقاً للشافعى رحمه الله . لقوله تعالى (٤٩ : ١١ لايسخر قوم من قوم)

قوله (والعِتْرة : هُمُ العشيرَة) .

هذا المذهب قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وصححه الناظم وقاله القاضى ، وغيره

قال المصنف فى الكافى ، والشارح « العترة » العشيرة الأدنون فى عرف الناس ، وولده الذكور والإناث ، وإن سفلوا وصححاه .

قال فى الوجيز : « العترة » تختص العشيرة ، والولد

وقيل « العترة » الذرية وقدمه فى النظم واختاره المجد .

وقيل : هى العشيرة الأدنون

وقيل : ولده وقيل : ولده وولد ولده .

وقيل : ذوو قرابته اختاره ابن أبى موسى .

قال فى الهداية : إذا أوصى لعشيرته فقد توقف الإمام أحمد رحمه الله .

فيحتمل : أن يدخل فى ذلك عشيرته وأولاده .

ويحتمل : أن يختص من كان من ولده .

فائدة : « العشيرة » هى القبيلة قاله الجوهرى

وقال القاضى عياض هى أهله الأدنون وهم سواد أبيه

قوله (ودوو رحمه كل قرابة له من جهة الآباء والأمهات) .

هذا المذهب جزم به فى الشرح ، والوجيز ، والفائق ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : وهم قرابته لأبويه وولده

وقال فى الفروع ، والرعاية الكبرى : هم قرابة أبويه ، أو ولده ، زيادة ألف .

وقال القاضى : إذا قال « رحمى » أو « أرحامى » أو « نسائى » أو « ماشيتى » صرف إلى قرابته من قبل أبيه وأمه . ويتعدى ولد الأب بالخمس

قال المصنف ، والشارح . فعلى هذا . يصرف إلى كل من يرث بفرض أو تعصيب . أو بالرحم ، فى حق من الأحوال

وعلى صالح : يختص من صلبه من أهل أبيه وأمه ، ولو حواشى أربعة آباء

قوله (والأيامى والغرباء من الأزواج له من الرجال والنساء) .

هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب

قال الشارح : وهو كما قالوا

وجزم به فى الوجيز ، وغيره

وقدمه فى الفروع ، وغيره

ويحتمل أن يختص الأيامى بالنساء والغرباء بالرجال

قال الشارح وهذا أولى واختاره فى المغنى

وقال في التبصرة « الأيامى » النساء البلع .

قال القاضي ، في التعليق : الصغير لا يسمى أيِّمًا عرفًا ، وإنما ذلك صفة للبالغ .

قوله ﴿ فَأَمَّا الأَرَامِلُ : فَهُنَّ النِّسَاءُ اللَّاتِي فَارَقَهُنَّ أَزْوَاجُهُنَّ ﴾

هذا المذهب ، جزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في المحرر ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم .

واختاره القاضي ، وغيره .

قال الحارثي : هذا المذهب .

وقيل : هو للرجال والنساء ، واختاره ابن عقيل .

قال ابن الجوزي ، في اللغة : رجل أرمل ، وامرأة أرملة .

وقال القاضي في التعليق : الصغيرة لا تسمى أرملة عرفًا ، وإنما ذلك للبالغ ، كما قال في الأيم .

فائدتان

إحداهما : « البكر ، والثيب ، والعانس » يشمل الذكر والأنثى ، وكذا « إخوته وعمومته » يشمل الذكر والأنثى .

وقال في الفروع : ويتوجه وجه ، ويناوبه ببعيد ، كولد ولد .

قال ابن الجوزي : يقال في اللغة : رجل أيم ، وامرأة أيم ، ورجل بكر ، وامرأة بكر ، إذا لم يتزوجا ، ورجل ثيب ، وامرأة ثيبة : إذا كانا قد تزوجا . انتهى .

وأما « الثيوبة » فزوال البكارة ، قاله المصنف ، ومن تبعه ، وأطلق .

وقال ابن عقيل : زوال البكارة بزوجية ، من رجل وامرأة .

الثانية : « الرهط » ما دون العشرة من الرجال خاصة ، لغة .

وذكر ابن الجوزي ، أن « الرهط » ما بين الثلاثة ، والعشرة .

وكذا قال في « النفر » أنه ما بين الثلاثة والعشرة .

وتقدم ذكره « الفرع » في الفوات والإحصار ، فيما إذا وقف بعرفة .

قوله ﴿ وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَهْلِ قَرْيَتِهِ أَوْ قَرَابَتِهِ ﴾ وكذا لو وصى لهم ﴿ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ دِينَهُ ﴾

وكذا لو وقف على إخوته ونحوهم . لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ دِينَهُ

وهذا المذهب في ذلك كله . جزم به في الوجيز

وقدمه في الشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم

وفيه وجه آخر : أن المسلم يدخل ، وإن كان الواقف كافراً ، ولا عكس

وأطلقهما في المحرر ، والناظم .

تنبيهان

أحدهما : محل الخلاف . إذا لم توجد قرينة قوية ، أو حالية

قلت وجدت وجدوا ، مثل : أن لا يكون في القرية إلا مسلمون أو لا يكون فيها إلا كافر واحد ، وباقي أهلها مسلمون قاله الأصحاب .

قال في الفائق : ولو كان أكثر أقاربه كفاراً : اختص المسلمون في أحد الوجهين

وقال في القاعدة السادسة والعشرين بعد المائة : لو وقف المسلم على قرابته ، أو أهل قريته ، أو أوصى لهم - وفيهم مسلمون وكفار - لم يتناول الكفار حتى يصرح بدخولهم ، نص عليه في رواية حرب ، وأبي طالب

ولو كان فيهم مسلم واحد ، والباقي كفار : فهي الاقتصار عليه وجهان . لأن حمل اللفظ العام على واحد بعيد جداً . انتهى

قلت : الصواب الدخول في هذه الصورة .

قال الزركشي : ومال إليه أبو محمد .

الثاني : شمل قوله « لم يدخل فيهم من يخالف دينه » لو كان فيهم كافر على

غير دين الواقف الكافر : فلا يدخل . ولا يستحق شيئاً . ولو قلنا : بدخول المسلم إذا كان الواقف كافراً وهو كذلك

قدمه في المغني ، والشرح .

ويحتمل أن يدخل ، بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض مع اختلاف دينهم . قاله المصنف ، والشارح .

وجعله في الفروع : محل وفاق . على القول بأن بعضهم يرث بعضا

قوله ﴿ وإن وقف على مواليه ، وله موالٍ من فوق ، وموالٍ من أسفل : تناول جميعهم ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب اختاره المصنف وغيره .

وصححه في الفائق ، وغيره .

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الفروع ، وغيره .

وقال ابن حامد : يختص الموالي من فوق . وهم معتقوه

واختار الحارثي أنه للعتيق . قال : لأن العادة جارية بإحسان المعتقين إلى المعتقاه .

فائدتان

إحداهما : لو عدم الموالي : كان لموالي العصبة .

قدمه في الفائق ، والحاوي الصغير

وقال الشريف أبو جعفر : يكون لموالي أبيه واقتصر عليه الشارح .

وقيل : لعصبة مواليه قدمه في الرعايتين .

وقيل : وارثه ولاء .

وقيل : كمنقطع لآخر .

قطع به في الرعاية بعد عصبه الموالي .

وأطلق الثلاثة الأخيرة في الفروع

الثانية : لا شيء لموالي عصبته ، إلا مع عدم مواليه . قاله في الفروع .

وقدمه في المصنف ، والشارح . لو كان له موالي أب حين وقف ، ثم انقرض مواليه ، لم يكن لموالي الأب شيء .

فوائد

الأولى : « العصبة » هم حملة الشرع على الصحيح من المذهب .

جزم به في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، والوجيز ، وغيرهم

وقدمه في الرعاية الكبرى ، والفروع ، والمحرر ، وغيرهم .

وقيل : من تفسير ، وحديث ، وفقه . ولو كانوا أعيانا ، على القولين

لكن هل يختص به من كان يصلح ؟ حكمه حكم واقفه على ما تقدم .

الثانية : أهل الحديث من عترته .

وذكر ابن رزين أن الفقهاء ، والمتفقهة ، كالعصبة . ولو حفظ أربعين حديثاً لا مجرد السماع

فأهل القرآن الآن : حفاظه . وفي الصدر الأول : هم الفقهاء

الثالثة : « الصبي والمملوك » من لا يبلغ ، وكذا « الصبية » من لم يتبع وهو بلا أب

ولو جهل نقد أبيه ، فالأصل تبعوه في ظاهر كلام الأصحاب . قاله في الفروع .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يعطى من ليس له أب يعرف ببلاد الإسلام قال : ولا يعطى كافر

قال في الفروع فهم أنه لا يعطى من وقف عليه .

وهو ظاهر كلامهم فى مواضع .

قال : و متوجه وجه : وليس ولد الزنا يتيما لأن اليتم انكسار يدخل على القلب بفقد الأب

قال الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ ليس بلد خرج عن حد اليتم .

السابعة . « الشاب » و« الفتى » هما من البلوغ إلى الثلاثين على الصحيح من المذهب

وقيل : إلى خمس وثلاثين

و « الكهل » من حد الشاب إلى خمسين

و « الشيخ » منه إلى السبعين . على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع وجزم به فى الرعاية الكبرى .

وقال فى الكافى : إلى آخر العمر

وهو ظاهر كلامه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق فإنهم قالوا : ثم الشيخ بعد الخمسين .

قال الخرقى : لا يزال كهلاً حتى يبلغ خمسين سنة ثم هو شيخ حتى يموت واقتصر عليه

فعلى المذهب : يكون « الهرم » منه إلى الموت

الخامسة . « أبواب البر » وهى القرب كلها على الصحيح من المذهب . وأفضلها الغزو . ويبدأ به . نص عليه .

قال فى الفروع : و يتوجه يبدأ بما تقدم فى أفضل الأعمال .

يعنى الذى تقدم فى أول صلاة التطوع .

ويأتى فى باب الموصى له « إذا أوصى فى أبواب البر » فى كلام المصنف ، والكلام عليه مستوفى .

السادسة : لو وقف على سبيل الخير استحق من أحد من الزكاة ذكره في المجرد . وقدمه في الفروع

وقال أبو الوفاء . نعم . فيدخل فيه العازم للإصلاح .

قال القاضي ، وابن عقيل : ويجوز لغني قريب .

السابعة . « جمع المذكر السالم » و« ضميره » يشمل الأنثى . على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع وغيره . وعليه أكثر الأصحاب .

وقد ذكرها أصحابنا في أصول الفقه . ونصروا : أن النساء يدخلن تبعاً وقيل . لا يشملها ، كمكسه لا يشمل الذكر

الثامنة : « الأشراف » وهم أهل بيت النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، واقتصر عليه في الفروع .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله وأهل العراق كانوا لا يسمون شريفاً إلا من كان من بني العباس . وكثير من أهل الشام وغيرهم : لا يسمونه إلا إذا كان علوياً .

قال : ولم يعلق عليه الشارع حكماً في الكتاب والسنة ، يتلقى حده من جهته .

و « الشريف » في اللغة : خلاف الوضيع والصعيف وهو الرياسة ، والسلطان

ولما كان أهل بيت النبي صلى الله عليه وسلم : أحق البيوت بالتشريف ، صار من كان من أهل البيت شريفاً .

التاسعة : لو وقف على بني هاشم ، أو وصى لهم . لم تدخل مواليهم نص عليه ، في رواية ابن منصور ، وحنبل

قال القاضي في الخلاف : لأن الوصية يعتبر فيها لفظ الموصي ، ولفظ صاحب الشريعة يعتبر فيه المعنى .

ولهذا : لو حلف « لا أكلت سكراً لأنه حرم » ، نعم غيره من الحلاوات .

وكذا لو قال « عبدي حر لأنه أسود » لم يعتق غيره من العبيد . ولو قال الله « حرمت المسكر . لأنه حلو » عم جميع الحلاوات . وكذا إذا قال « أعتق عبدك لأنه أسود » عم . انتهى

وقد تقدم في آخر إخراج الزكاة : أنه لا يجوز أحدها لموالي بني هاشم والظاهر : أن العلة ما قاله القاضي هنا .

قوله ﴿ وإن وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم : وجب تعميمهم والتسوية بينهم ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به

وقال في الفائق : ويحتمل جواز المفاضلة فيما يقصد فيه تمييز . كالوقف على الفقهاء .

قلت : وهذا أقرب إلى الصواب

وعنه : إن وصى في سكنه ، وهم أهل دَرْسه . جاز التفضيل لحاجة .

قال الحارثي : والأولى جواز التفضيل للحاجة ، فيما قصد به سدُّ الحاجة . كالموقوف على فقراء أهله . انتهى

قال ابن عقيل : وقياسه الاكتفاء بواحد .

وعنه : في فقيه أوصى في فقراء مكة - ينظر أحوجهم .

وتقدم كلام الشيخ تقي الدين رحمه الله : إذا وقف على مدارس وفقهاء . هل يسوى بينهم ، أو يفاضلون ؟ في أحكام الناظر .

تنبيه : الذي يظهر أن محل هذا : إذا لم تكن قرينة فإن كان قرينة : جاز التفضيل . بلا نزاع . ولها نظائر . تقدم حكمها

فائدة : لو كان الوقف في الجهة على من يمكن استيعابه ، فصار بحيث لا يمكن استيعابه - كوقف على رضي الله عنه على ولده ونسله - فإنه يجب تعميم من أمكن منهم ، والتسوية بينهم . قاله المصنف ، والشارح . وغيرهما

قوله ﴿ وإلا جاز تفضيل بعضهم على بعض ، والاقتصار على واحد منهم ﴾ .

يعني : إذا لم يمكن حصرهم واستيعابهم . كما لو وقف على أصناف الزكاة ، أو على الفقراء والمساكين ، ونحو ذلك .

فالصحيح من المذهب : جواز الاقتصار على واحد ، كما جزم به المصنف . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم

وجزم به في الوجيز وقدمه في الفروع ، وغيره .

﴿ وتحتمل ألا تجزيه أقل من ثلاثة ﴾ .

وهو وجه في الهداية وغيرها ، بناه على قولنا في الزكاة وأطلقهما في المحرر .

وقيل في إجزاء الواحد روايتان .

فائدتان

إحداهما : لو وقف على أصناف الزكاة ، أو على الفقراء والمساكين ، جاز الاقتصار على صنف منهم . على الصحيح من المذهب .

وقدمه في الفروع ، والرعاية الكبرى ـ ذكره في الوصية ـ والمغني ، والشرح ، في المسألة الثانية

وقالا في الغاية : لابد من الصرف إلى الفريقين كليهما .

قال الحارثي : قياس المذهب ـ عند القاضي ، وابن عقيل ـ جواز الاقتصار على أحد الصنفين من الفقراء والمساكين . وقطع به في التلخيص .

وعند المصنف : يجب الجمع . وحكي عن القاضي .

وقيل لايجزيء الاقتصار على صنف ، بناه على الزكاة .

قال القاضي في الخلاف : هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

وقيل : لكل صنف منهم الثلث ، وأطلقهما في الفائق .

الثانية : لو وقف على الفقراء ، أو على المساكين فقط : جاز إعطاء الصنف الآخر على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع وغيره .

وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وفيه وجه آخر : لايجوز ذكره القاضى

ويأتى ذلك أيضاً فى باب الموصَى له .

ولو افتقر الواقف : استحق من الوقف . على الصحيح من المذهب

قال فى الفروع : شمله فى الأصح .

قال فى القواعد : نص عليه فى رواية المروذى

وقيل : لايشمله . فلا يستحق شيئاً منه

وتقدم ذلك فى أول الباب قبيل قوله « الثالث . أن يقف على معين بذلك » .

قوله ﴿ ولا يدفعُ إلى واحدٍ أكثرَ من القدرِ الذى يُدفعُ إليه من الزكاة ، إذا كانَ الوقفُ على صنفٍ من أصنافِ الزكاةِ ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

واختار أبو الخطاب فى الهداية ، وابن عقيل زيادة المسكين والفقير على خمسين درهماً وإن منعناه منها فى الزكاة .

قوله ﴿ والوصيةُ كالوقفِ فى هذا الفصلِ ﴾ .

هذا صحيح ، لكن الوصية أعم من الوقف ، على مايأتى .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله — فيما إذا وقف على أقرب قرابته — استواء الأخ من الأب والأخ من الأبوين .

ذكره فى القاعدة العشرين بعد المائة

وذكر فى القاعدة الثانية والخمسين بعد المائة — أن الشيخ تقى الدين رحمه الله اختار — فيما إذا وقف على ولده — دخول ولد الولد فى الوقف دون الوصية .

وقد قدمنا

وتقدم كلام ناظم المفردات : إذا أوصى لقرابته .

قوله (والوقفُ عقدٌ لازمٌ . لا يَجُوزُ فسخُهُ بإقالةٍ ولا غيرِها) .

هذا المذهب وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : إذا وقف في صحته ، ثم ظهر عليه دين . هل يباع لوفاء الدين ؟

فيه خلاف في مذهب الإمام أحمد رحمه الله وغيره ، ومعه قوى .

قال جمع اختياراته ، وظاهر كلام أبي العباس : ولو كان الدين حادثا بعد الموت . انتهى

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وليس هذا تابع من التدبير . وقد نبت أنه عليه أفضل الصلاة والسلام باعه في الدين .

وتقدم « إذا وقف بعد موته » ومعناه : هل يقع لازماً . فلا يجوز بيعه ، أو لا يقع لازماً . ويجوز بيعه ؟ » فليعاود .

فائدة : ظاهر كلام المصنف : أن الوقف يلزم بمجرد القول . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وعنه لا يلزم إلا بالقبض ، وإخراج الوقف عن يده .

واختاره أبو بكر ، وابن أبي موسى ، والحارثي .

وتقدم الكلام على ذلك عند قول المصنف « ولا يشترط إخراج الوقف عن يده في إحدى الروايتين » فليعاود

قوله (ولا يَجُوزُ بيعُهُ إلا أنْ تتعطَّلَ منافعُهُ فيُباعُ ويُصرفُ ثمنُهُ في مثلِهِ . وكذلكَ الفرسُ الحبيسُ ، إذا لمْ يَصْلُحْ للغزوِ بيعَ واشْتُرِيَ بثمنِهِ ما يَصْلُحُ للجهادِ ، وكذلكَ المسجدُ إذا لمْ يَنتفعْ بهِ في موضعِهِ

وَعَنْهُ : لا تُبَاعُ الْمَسَاجِدُ . لَكِنْ تُنْقَلُ آلَتُهَا إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ وَيَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِ آلَتِهِ وَصَرْفُهَا فِي عِمَارَتِهِ) .

اعلم أن الوقف لايخلو : إما أن تتعطل منافعه أو لا .

فإن لم تتعطل منافعه . لم يجز بيعه ، ولا المناقلة به مطلقاً . نص عليه فى رواية علي بن سعيد قال لايستبدل به ولا يبيعه ، إلا أن يكون بحال لا ينتفع به .

ونقل أبو طالب : لايغير عن حاله . ولا يباع ، إلا أن لاينتفع منه بشيء . وعليه الأصحاب

وجوز الشيخ تقي الدين رحمه الله ذلك لمصلحة . وقال : هو قياس الهدى . وذكره وجهاً فى المناقلة

وأومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله

ونقل صالح : يجوز على المسجد لمصلحة المسجد . وهو من المفردات .

واختاره صاحب الفائق . وحكم به نائباً عن القاضي جمال الدين المسلاتي .

عارضه القاضي جمال المرداوي ـ صاحب الانتصار ـ وقال : حكمه باطل على قواعد المذهب . ووصف فى ذلك مصنفاً رد فيه على الحاكم . سماه « الواضح الجلي فى نقض حكم ابن قاضي الجبل الحنبلي » ووافقه صاحب الفروع على ذلك .

ووصف صاحب الفائق مصنفاً فى جواز المناقلة للمصلحة سماه « المناقلة بالأوقاف وما فى ذلك من النزاع والخلاف » وأجاد فيه .

ووافقه على جوازه الشيخ برهان الدين بن مفلح ، والشيخ عز الدين حمزة بن شيخ السلامية ووصف فيه مصنفاً سماه « رفع المناقلة فى منع المناقلة »

ووافقه أيضاً جماعة فى عصره .

وكلهم منع للشيخ تقي الدين رحمه الله فى ذلك

وأطلق فى القاعدة الثالثة والأربعين بعد المائة فى جواز إبدال الوقف مع تعريه روايتين .

فائدة : نص الإمام أحمد رحمه الله على جواز تحديد بناء المسجد لمصلحته .

وعنه : يجوز برضى جيرانه .

وعنه : يجوز شراء دور مكة لمصلحة عامة .

قال في الفروع : فيتوجه هنا مثله

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : جوز جمهور العلماء تغيير صورته لمصلحة ، كجعل الدور حوانيت ، والحكورة مشهورة . فلا فرق بين بناء ببناء وعرصة بعرصة . هذا صريح لفظه .

وقال أيضاً — فيمن وقف كروماً على الفقراء يحصل على جيرانها به ضرر — يعوض عنه ، لا ضرر فيه على الجيران . ويعود الأول ملكاً ، والثاني وقفاً . انتهى

ويجوز نقض مدرسته ، وجعلها في حائطه . نص عليه

ونقل أبو داود — وقد سئل عن مسجد فيه خشبتان ، لهما ثمن ، تشعث ، وخافوا سقوطه — أيباعان وينفقان على المسجد ، ويبدل مكانهما جذعين ؟ قال : ما أرى به بأساً . انتهى

وأما إذا تعطلت منافعه : فالصحيح من المذهب ، أنه يباع والحالة هذه وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لا تباع المساجد . لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر .

اختاره أبو محمد الجوزي ، والحارثي ، وقال : هو ظاهر كلام ابن أبي موسى

وعنه : لا تباع المساجد ولا غيرها . لكن تنقل آلتها

نقل جعفر — فيمن جعل خاناً للسبيل ، وبنى بجانبه مسجداً . فضاق المسجد — أيراد منه في المسجد ؟ قال : لا

قيل : فإنه إن ترك لمن ينزل فيه أحد ، قد عطل ؟ قال : يترك على ما صُيِّر له .

واختار هذه الرواية الشريف ، وأبو الخطاب . قاله في الفروع

قال الزركشي : وحكى في التلخيص عن أبي الخطاب : لا يجوز بيع الوقف مطلقاً ، وهو غريب ، لا يعرف في كتبه . انتهى

ذكره في التلخيص عنه في كتاب البيع ، وحكاه عنه قبل صاحب التلخيص تلميذ أبي الخطاب ، وهو الحيراني في كتابه

قلت : وظاهر كلام أبي الخطاب في الهداية ، في كتاب البيع : عدم الجواز فإنه قال : ولا يجوز بيع الوقف ، إلا أن أصحابنا قالوا : إذا إذا خرب ، أو كان فرساً فعطب : جاز بيعه وصرف ثمنه في مثله . انتهى .

وكلامه في الهداية في كتاب الوقف : صريح بالصحة

واختار أيضاً هذه الرواية ابن عقيل ، وصنف فيها جزءاً . حكاه عنه ابن رجب في طبقاته

واختار أيضاً هذه الرواية — وهي عدم البيع — الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل .

تنبيه : فعلى المذهب : المراد بتعطل منافعه : منافع المقصودة ، بخراب أو غيره ، ولو تضيق المسجد عن أهله ، نص عليه

أو بخراب محلته ، نقله عبد الله ، وهذا هو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب وقدمه في الفروع .

ونقل جماعة : لا يباع إلا أن لا ينتفع منه بشيء أصلاً ، بحيث لا يرد شيئاً .

قال المصنف في الكافي : كل وقف خرب ولم يرد شيئاً بيع

وقال في المغني ومن تابعه : لا يباع إلا أن يقل ريعه ، فلا يُعَدُّ نفعاً

وقيل : أو يتعطل أكثر نفعه ، نقله مهنا في فرس كبر وضعف ، أو ذهبت عينه

فقلت له : دار ، أو ضيعة ضعف أهلها أن يقوموا عليها ؟ قال : لا بأس ببيعها إذا كان أنفع لمن ينفق عليه منها

وقيل : أو خيف تعطل نفعه قريباً . جزم به في الرعاية .

قلت : وهو قوي جداً إذا غلب على ظنه ذلك .

وقيل : أو خيف تعطل أكثر نفعه قريباً

سأله الميموني : يباع إذا عطب أو فسد ؟ قال : إي والله ، يباع . إذا كان يخاف عليه التلف والفساد والنقص ، باعوه وردوه في مثله

وسأله الشالنجي : إن أخذ من الوقف شيئاً . فعَتُق في يده وتغير عن حاله ؟

قال : يحول إلى مثله .

وكذا قال في التلخيص ، والترغيب ، والبلغة : لو أشرف على كسر أو هدم ، وعلم أنه إن أخر لم ينتفع به : بيع .

قلت : وهذا مما لاشك فيه .

قال في الفروع : وقولهم « بيع » أي يجوز بيعه . نقله جماعة . وذكره جماعة

قال في الفروع : ويتوجه إنما قالوه : الاستثناء مما لايجوز بيعه ، وإنما يجب لأن الولي يلزمه فعل المصلحة . وهو ظاهر رواية الميموني وغيرها .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يجب بيعه بمثله مع الحاجة ، وبلا حاجة يجوز بخير منه . لظهور المصلحة . ولا يجوز بمثله . لفوات التعيين بلا حاجة .

قال في الفائق : وبيعه حالة تعطله أمر جائز عند البعض

وظاهر كلامه في المغني : وجوبه

وكذلك إطلاق كلام الإمام أحمد رحمه الله

وذكره في التلخيص رعاية للأصلح . انتهى .

فوائد

الأولى : قال المصنف ، ومن تابعه : لو أمكن بيع بعضه ليعمر به بقيته : بيع ، وإلا بيع جميعه .

قال في الفروع : ولم أجد ما قاله لأحد قبله

قال : والمراد مع اتحاد الواقف ، كالجهة . ثم إن أراد عينين ـ كدارين ـ فظاهر .

وكذا إن أراد عينًا واحدة ، وما تنقص القيمة بالتشقيص . فإن نقصت توجه البيع في قياس مذهب ، كبيع وصيّ لدين ، أو حاجة صغير ، بل هذا أسهل . لجواز تغيير صفاته لمصلحة ، وبيعه على قول . انتهى .

وقول صاحب الفروع « والمراد مع اتحاد الواقف » ظاهر في أنه لا يجوز عمارة وقف من ريع وقف آخر ، ولو اتحدتا الجهة .

وقد أفتى الشيخ عبادة ـ من أئمة أصحابنا[1] ـ بجواز عمارة وقف من وقف آخر على جهته . ذكره ابن رجب في طبقاته في ترجمته .

قلت : وهو قوي ، بل عمل الناس عليه

لكن قال شيخنا في حواشي الفروع : إن كلامه في الفروع أظهر .

وقال الحارثي . وما عدا المستحدث من الأوقاف : يباع بعضه لإصلاح باقي

وقال : ويجوز اختصار لأنه إلى أصغر منه إذا تعطلت ، وإطلاق الفصل على الإصلاح . وإن تعذر الاختصار احتمل جعله نوعًا آخر ، وهو أقرب إلى الأول ، واحتمل أن يباع ، ويصرف في آلية مثله ، وهو الأقرب . انتهى

قلت : وهو الصواب

الثانية : حيث جوز بيع الوقف ، فمن يلي بيعه ؟

لا يخلو إما أن يكون الوقف على مثل الحيرات ـ كالمساجد ، والقناطر ، والمدارس ، والفقراء والمساكين ـ ونحو ذلك ، أو غير ذلك

فإن كان على مثل الحيرات ونحوها . فالصحيح من المذهب : أن الذي يلي البيع الحاكم وعليه أكثر الأصحاب وقطعوا به

منهم صاحب الرعاية في كتاب الوقف ، والحارثي ، والزركشي في كتاب الجهاد . وقال : نص عليه

---

(١) انظر ترجمته في الطبقات (ج ٢ ص ٣٤٢ طبع السنة المحمدية)

وقيل : يليه الناظر الخاص ، عينه إن كان حرم به فى الرعاية الكبرى فى كتاب البيع .

قلت : وهو الصواب

وإن كان على غير ذلك ، فهل يليه الناظر الخاص ، أو الموقوف عليه ، أو الحاكم ؟ على ثلاثة أقوال .

أحدها : يليه الناظر الخاص . وهو الصحيح .

قال الزركشى : إذا تعطل الوقف . فإن الناظر فيه يبيعه ويشترى بثمنه ما فيه منفعة ترد على أهل الوقف نص عليه وعليه الأصحاب

قال فى الفائق : وتولى البيع ناظره الخاص . حكاه غير واحد

وجزم به فى المحيص ، والمحرر ، فقال يبيعه الناظر فيه .

قال فى المحيص : ويكون البيع الإمام أو نائبه نص عليه .

وكذلك يشترى بثمنه وهذا إذا لم يكن للوقف ناظر . انتهى

وقدمه فى النظم فقال :

ويصيره شرعاً إلى عقد بيعه وقيل : إن يعين مالك النفع يعقد

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، فقال . فناظره الخاص بيعه . ومع عدمه يفعل ذلك الموقوف عليه

قلت : إن قلت عدمكه ، وإلا فلا .

وقيل : بل يفعله مطلقاً الإمام أو نائبه كما وقف على سبل الخيرات . انتهى

وقدمه الحارثى ، وقال : حكاه غير واحد

القول الثانى : يليه موقوف عليه . وهو ظاهر ما جزم به فى الهداية .

فقال فإن تعطلت منفعته فالموقوف عليه بالخيار بين النفقة عليه ، وبين بيعه وصرف ثمنه فى مثله

وكذا قال ابن عقيل فى الفصول ، وابن البنا فى عقوده ، وابن الجوزى فى

المذهب ، ومسبوك الذهب ، والسامري في المستوعب ، وأبو المعالي بن منجا في الخلاصة ، وابن أبي المجد في مصنفه

وقدمه في الرعاية الصغرى ، فقال : وما بطل نفعه فلمن وقف عليه بيعه

قلت : إن ملكه

وقيل : بل لناظره بيعه بشرطه . انتهى

وقدمه في الحاوي الصغير .

والقول الثالث : يليه الحاكم

جزم به الحلواني في التبصرة ، فقال : وإذا خرب الوقف ، ولم يرد شيئاً ، أو خرب المسجد وما حوله ، ولم ينتفع به : فللإمام بيعه وصرف ثمنه في مثله . انتهى .

وقدم هذا في الفروع

ونصره شيخنا في حواشي الفروع ، وقواه بأدلة وأقيسة ، وعمل الناس عليه

واختاره الحارثي ، وهذا مما خالف المصطلح المتقدم

فعلى الصحيح من المذهب : لو عدم الناظر الخاص ، فقيل : يليه الحاكم جزم به في التلخيص ، والحارثي

وقدمه في الرعاية الكبرى في كتاب العدد — وذكره نص الإمام أحمد رحمه الله — وصاحب الفروع . وهذا الصحيح من المذهب

وقيل : يليه الموقوف عليه مطلقاً

قدمه في الرعاية الكبرى أيضاً في كتاب الوقف ، وهو ظاهر ما قطع به الزركشي ، وحكاه عن الأصحاب

وكذا ما حكيناه عنهم ، وأطلقهما في الفائق

وقيل : يليه الموقوف عليه — إن قلنا : بملكه — وإلا فلا ، اختاره في الرعايتين ، وجزم به في الفائق

قلت : ولعله مراد من أطلق

تنبيه : تلخص لنا مما تقدم فيمن يلي البيع طرق . لأن الوقف لايخلو . إما أن يكون على سبل الخيرات أولا .

فإن كان على سبل الخيرات ونحوه : فللأصحاب فيه طرق

أحدها : يليه الحاكم قولا واحدا . وهو قول أكثر الأصحاب منهم صاحب الرعاية الكبرى فى كتاب الوقف .

والطريق الثانى : يليه الناظر إن كان ، ثم الحاكم وهى طريقته فى الرعاية الكبرى فى كتاب البيع . وهو الصواب

وإن لم يكن الوقف على سبل خيرات فيه طرق للأصحاب

أحدها : يليه الناظر قولاً واحداً وهى طريقة أحمد فى محرره ، والزركشى وعزاه إلى نص الإمام أحمد ، واختيار الأصحاب

والطريق الثانى : يليه الموقوف عليه . قولا واحداً .

وهو ظاهر ماقطع به فى الهداية ، والمحرر ، وعقود ابن البنا ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، ومنصف ابن أبى أحمد . كما تقدم

الطريق الثالث : يليه الحاكم . قولا واحداً وهى طريقة الحلوانى فى التبصرة .

الطريق الرابع : يليه الناظر الخاص ، إن كان . فإن لم يكن . فيليه الحاكم قولا واحداً وهى طريقة صاحب التلخيص

الطريق الخامس : هل يليه الناظر الخاص — وهو المقدم — أو الموقوف عليه ؟ فيه وجهان . وهى طريقة الناظم

الطريق السادس : طريقة صاحب الرعاية الصغرى ، وهى ، هل يليه الموقوف عليه — وهو المقدم — أو من قدمه يملكه — واختاره — أو الناظر ؟ على ثلاثة أقوال . هى

الطريق السابع : هل يليه الموقوف عليه ـ وهو المقدم ـ أو الناظر ؟ فيه وجهان وهي طريقته في الحاوي الصغير .

الطريق الثامن : طريقته في الرعاية الكبرى وهي : هل يليه الناظر الخاص ، إن كان هو المقدم ، أو الحاكم ؟ حكاه في كتاب الوقف فيه قولان

وإن لم يكن له ناظر خاص ، فهل يليه الحاكم . وهو المقدم في كتاب البيع ؟ وذكره نص الإمام أحمد رحمه الله ، أو الموقوف عليه ؟ وهو المقدم في كتاب الوقف . وإن قلنا : يملكه ، واختاره ؟ على ثلاثة أقوال .

الطريق التاسع : هل يليه الحاكم مطلقاً ـ وهو المقدم ـ أو الموقوف عليه ؟ على وجهين . وهي طريقة صاحب الفروع .

الطريق العاشر : يليه الناظر الخاص ، إن كان . فإن لم يكن . فهل يليه الحاكم ، أو الموقوف عليه ، إن قلنا : يملكه ؟ على وجهين مطلقين . وهي طريقة صاحب الفائق

فهذه اثنتا عشرة طريقة تمتاز فيما هو على سبل الخيرات ونحوه . وعشرة في غيره .

الفائدة الثالثة : إذا بيع الوقف واشترى بدله . فهل يصير وقفاً بمجرد الشراء ، أم لابد من تجديد وقفية ؟ فيه وجهان

ذكرهما ابن رجب في قواعده عن بعضهم ، فيما إذا أتلف الوقف متلف وأخذت قيمته . فاشتُري بها بدله . وأطلقهما .

أحدهما : يصير وقفاً بمجرد الشراء

قال الحارثي ـ عند قول المصنف في وطء الأمة الموقوفة « إذا أولدها ، فعليه القيمة يشتري بها مثلها : يكون وقفاً » ظاهره : أن البدل يصير وقفاً بنفس الشراء انتهى .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب هنا لاقتصارهم على بيعه وشراء بدله .

وصرح به في التلخيص ، فقال — في كتاب البيع — : ويصرف ثمنه في مثله ، ويصير وقفاً ، كالأول .

وصرح به أيضاً في الرعاية في موضعين ، فقال : فلناظره الخاص بيعه وصرف ثمنه في مثله ، أو بعض مثله . ويكون ما اشتراه وقفاً كالأول .

وقال — في أثناء الوقف — فإن وطئ فلا حد ، ولا مهر .

ثم قال : وفي أم ولده تعتق بموته وتؤخذ قيمتها من تركته . يصرف في مثله يكون بالشراء وقفاً مكانها . وهذا صريح بلا شك .

وقال الحلواني — في كفاية المبتدئ — : وإذا تخرب الوقف ، وانعدمت منفعته : بيع واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف . وكان وقفاً كالأول .

وقال في المنهج : ويشترى بثمنه ما يكون وقفاً .

قال شيخنا الشيخ تقي الدين بن قندس البعلي — في حواشيه على المحرر — الذي يظهر أنه متى وقع الشراء لجهة الوقف على الوجه الشرعي ، ولزم العقد : أنه يصير وقفاً لأنه كالوكيل في الشراء ، والوكيل يقع شراؤه للموكل فكذا هذا يقع شراؤه للجهة المشترى لها . ولا يكون ذلك إلا وقفاً انتهى . وهو الصواب .

والوجه الثاني : لابد من تجديد الوقفية . وهو ظاهر كلام الخرقي فإنه قال : وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئاً بيع واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف وجعل وقفاً كالأول .

وهو ظاهر كلامه في المجرد أيضاً ، فإنه قال : بيعت وصرف ثمنها إلى شراء دار ويجعل وقفاً مكانها .

قال الحارثي : وبه أقول لأن الشراء لا يصلح سبباً لإفادة الوقف . فلا بد للوقف من سبب يفيده انتهى .

وأما الزركشي ، فيه قول ومقتضى كلام الحرقي أنه لا يصير وقفاً بمجرد الشراء . بل لابد من إيقاف الناظر له . ولم أر المسألة مصرحاً بها

وقيل : إن فيها وجهين . انتهى

العاشرة الرابعة : اقتصر المصنف ، والشارح ، والزركشي ، وجماعة ، على ظاهر كلام الحرقي : أنه لا يشترط أن يشترى من جنس الوقف الذي بيع ، بل أي شيء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف : جاز

والذي قدمه في الفروع : أنه يصرفه في مثله ، أو بعض مثله . فقال : ويصرفه في مثله ، أو بعض مثله . قاله الإمام أحمد رحمه الله .

وقاله في التلخيص وغيره ، كما تقدم

وقدمه الحارثي ، وقال : هو المذهب . كما قال في الكافي ، ومن تبعه من الأصحاب .

ونقل أبو داود في الحبس : يشترى مثله ، أو يبقى ثمنه على الذوات الحبس

الخامسة : إذا بيع المسجد واشترى به مكاناً يجعل مسجداً فالحكم للمسجد الثاني . ويبطل حكم الأول

السادسة : لا يجوز نقل المسجد مع إمكان عمارته دون العمارة الأولى . قاله في العيون وقال : أفتى جماعة بخلافه ، وعللوه

السابعة : يجوز رفع المسجد إذا أراد أكثر أهله ذلك ، وجعل تحت أسفله سقاية وحوانيت في ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله . وأخذ به القاضي .

قال الزركشي — في كتاب الجهاد — وقيل : لا يجوز .

وأطلق وجهين في الفروع .

وقال في الرعاية الكبرى : فإن أراد أهل مسجد رفعه عن الأرض ، وجعل تحته سقاية وحوانيت : روعي أكثرهم نص عليه

وقيل : هذا في مسجد أراد أهله إبداله كذلك وهو أولى . انتهى

واختار هذا ابن حامد . وأول كلام الإمام أحمد رحمة الله عليه .

وصححه المصنف ، والشارح .

ورد هذا التأويل بعض محققي الأصحاب من وجوه كثيرة . وهو كما قال .

قوله ﴿ وَمَا فَضَلَ مِنْ حُصْرِهِ وَرَيْتِهِ عَنْ حاجَتِهِ : جازَ صَرْفُهُ إلَى مَسْجِدٍ آخَرَ ، وَالصَّدَقَةُ بِهِ عَلَى فُقَرَاءِ المُسْلِمِينَ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه .

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه في الفروع وغيره

وعنه : يجوز صرفه في مثله دون الصدقة به .

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله

وقال أيضاً : يجوز صرفه في سائر المصالح ، وبناء مساكن للمتحدث ريعه القائم بمصلحته

قال : وإن علم أن ربه يفصل عنه دائماً - وجب صرفه ولا يجوز لغير الناظر صرف الفاضل انتهى

وقال في الفائق : وما فضل من حصر المسجد أو ريته : ساغ صرفه إلى مسجد آخر ، والصدقة به على جيرانه . نص عليه .

وعنه : على الفقراء . وحكى القاضي في صرفه ومنعه روايتين .

وكذا الفاضل من جميع ريعه ويصرف في مسجد آخر .

ذكره القاضي في المجرد

قال القاضي أبو الحسين : وهو أصح

فائدة : قال الحارثي : فصلة علة الموقوف على معين : يتعين إرصادها . ذكره القاضي أبو الحسين

قال الحارثي : وإنما تأتي فيما إذا كان الصرف مقدراً . وهو واضح .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ غَرْسُ شَجَرَةٍ فِي الْمَسْجِدِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغني ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم .

وقدمه في المستوعب ، والفروع ، والرعاية الكبرى ، وغيرهم .

وذكر في الإرشاد ، وابن منجا أنه مكروه .

قال في الرعاية الصغرى : إن غرست بعد وقفه ، فلمت إن ضيقت موضع الصلاة .

قال في الرعاية الكبرى : ويحرم غرسها مطلقاً .

وقيل : إن ضيقت حرم وإلا كره .

فعلى المذهب : تقلع . نص عليه . وجزم به في الفروع ، وغيره .

وقال في الرعاية الكبرى ، والحاوي الصغير : وإن غرست بعد وقفه فلمت .

وقيل : إن ضيقت موضع الصلاة وإلا فلا .

وتقدم كلامه في الرعاية الصغرى .

وعلى المذهب أيضاً : يكون ثمرها لساكني أهل المسجد .

قال في الإرشاد ، قال الحارثي : وهو المذهب

قال : والأقرب حله لغيرهم من المساكين أيضاً .

وقال كثير من الأصحاب : هي لمالك الأرض المغروس بها تبعاً . انتهى

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ مَغْرُوسَةً فِيهِ : جَازَ الْأَكْلُ مِنْهَا ﴾ .

يعني إذا كانت مغروسة قبل بنائه ، أو وقفها معه .

فإذا وقفها معه وعين مصرفها : عمل به . وإن لم يعين مصرفها كان حكمها حكم الوقف المنقطع . تقدم في الفروع

وقال المصنف هنا : جاز الأكل منها . وهذا منصوص الإمام أحمد رحمه الله في رواية أبي طالب .

وقدمه في المستوعب ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير

وقال في الهداية — بعد أن قدم المنصوص — وعندي : أن هذه الرواية محمولة على ما إذا لم يكن بالمسجد حاجة إلى ثمن ذلك . لأن الجيران يعمرونه ويكسونه . وقطع بما حمله عليه أبو الخطاب في المذهب ، والخلاصة ، والفائق .

واعلم أن جماعة من الأصحاب قالوا : يصرف في مصالحه . وإن استغنى عنها فلجاره أكل ثمره . نص عليه . وجزم به في الفائق ، وغيره .

وقال جماعة . إذا استغنى عنها المسجد فلجاره ، ولغيره الأكل منها .

وقيل : يجوز الأكل للجار الفقير .

وقيل : يجوز للفقير مطلقاً . قدمه في الرعاية الكبرى فقال : وثمرها لفقراء الدرب .

وتقدم في آخر الاعتكاف . هل يجوز البيع والشراء في المسجد أم يحرم ؟ وهل يصح أو لا ؟

فائدة : يحرم حفر بئر في المسجد . فإن فعل طُمَّ نص عليه في رواية المروذي . وقدمه في الفروع .

وقال في الرعاية الكبرى — في إحياء الموات — لم يكره الإمام أحمد رحمه الله حفرها فيه

ثم قال قلت بلى ، إن كره الوضوء فيه انتهى

وقال الحارثي — في الغصب — وإن حفر بئراً في المسجد للمصلحة العامة : فعليه ضمان ما تلف بها لأنه ممنوع منه . إذ المنفعة مستحقة للصلاة فتعطيلها عدوان

ونص على المنع من رواية المروذى .

ويحتمل أنه كالخمر فى الحلة . لاشتراك المسلمين فى كل منهما فالخمر فى إحداهما كالخمر فى الأخرى فتجرى فيه رواية ابن ثواب بعد الصيام . انتهى .

فائدة : قال فى الفروع : وإن بنى أو غرس بطريق وقف . توجه أنه له إن أشهد وإلا للوقف ويتوجه فى أحجبى بنى أو غرس أنه للوقف بنته

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يد الواقف ثابتة على المتصل به ، مالم تثبت حجة تدفع موجبها ، كمعرفة كون الغارس غرسه بملك بحكم إجارة أو إعارة أو غصب .

ويد المستأجر على المنفعة فليس له دعوى الملك بحجة .

ويد أهل العرصة المشتركة ثابتة على ما فيها بحكم الاشتراك ، إلا مع بينة باختصاصه ببناء ونحوه .

باب الهبة والعطية

قوله ﴿ وَهِيَ تَمْلِيكٌ فِي حَيَاتِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ ﴾

هذا المذهب مطلقاً . وعليه الأصحاب

وقيل : الهبة تقتضي عوضاً .

وقيل : مع عرف .

فلو أعطاه ليعاوضه ، أو ليقضي له به حاجة ، فلم يفعل فكالشرط .

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله .

قوله ﴿ فَإِنْ شَرَطَ فِيهَا عِوَضًا مَعْلُومًا : صَارَتْ بَيْعًا ﴾ .

حكمها حكم البيع في ثبوت الخيار ، والشفعة وغيرها هذا المذهب

قال الحارثي : قاله القاضي وأصحابه .

وليس منصوصاً عنه ، ولا عن متقدمي أصحابه

وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وصححه في الخلاصة ، وتجريد العناية . وقدمه في الشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم ، والمذهب ، والهداية .

وقيل : هي بيع مع التقايض

﴿ وَعَنْهُ تُعْتَبَرُ فِيهَا حُكْمُ الْهِبَةِ ﴾ ذكرها أبو الخطاب .

قال الحارثي : هذا المذهب . وهو الصحيح . وهو متين جداً

وقال عن الأول : هو ضعيف جداً . انتهى

قال القاضي : ليست بيعاً وإنما الهبة تارة تكون تبرعاً ، وتارة تكون بعوض ، وكذلك العتق . ولا يخرج عن موضوعها .

قال في الفروع : وإن شرطه ، وكان معلوماً : صحت ، كالعارية .

وقيل : فسمتها بيعاً وعنه : هبة . انتهى .

تنبيه : أفادنا المصنف رحمه الله صحة شرط العوض فيها وهو صحيح . وهو المذهب .

وقيل : لاتصح مطلقاً .

قوله (وإن شرط ثواباً مجهولاً : لم تصح)

يعني الهبة - وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

منهم : القاضي ، وابن البنا ، وابن عقيل ، والمصنف .

قال في الخلاصة : لم يصح في الأصح .

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب

وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في الفروع ، والشرح ، والنظم ، وغيرهم .

وعنه : أنه قال : يرضيه شيء فيصح . وذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله ظاهر المذهب .

قال الحارثي : هذا المذهب . نص عليه من رواية ابن الحكم ، وإسماعيل بن سعيد . وإليه ميل أبي الخطاب .

وصحح هذه الرواية في الرعاية الصغرى . فقال فإن شرطه مجهولا : صحت في الأصح

قال في الرعاية الكبرى : وهو أولى .

فعلى هذه الرواية يرضيه فإن لم يرض : فله الرجوع فيها فيردها بزيادة ونقص . نص عليه .

(فإن تلفت) فقيمتها يوم التلف

وهذا البناء على هذه الرواية : هو الصحيح . صححه المصنف ، وغيره .

وقيل : يرضيه قيمة ماوهبه . وأطلقهما في المذهب .

قال الحارثي : ويحتمل وجهاً ثالثاً . وهو مايعد ثواباً لمثله عادة .

فائدة : لو ادعى شرط العوض ، فأنكر المتهب ، أو قال : وهبتنى هذا .

قال : من سكته فى أيهما نقبل قوله ؟ وجهان .

وأطلقهما فى الدوع ، والرعاية الكبرى

أحدهما : نقبل قول المتهب وحرم به فى الكافى فى المسألة الأولى

وقدمه الحارثى وصححه ، وقال : حكاه فى الكافى ، وغيره واحد .

الوجه الثانى . القول قول الواهب . وأطلقهما فى التحبير فى المسألة الأولى .

قوله ﴿ وتحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبة ، من الإيجاب والقبول والمعاطاة المقترنة بما يدل عليها ﴾

هذا المذهب اختاره ابن عقيل ، والمجد فى شرح الهداية ، وغيرهما .

حتى إن ابن عقيل ، وغيره : صححوا الهبة بالمعاطاة ، ولم يذكروا فيها الخلاف الذى فى بيع المعاطاة .

وحرم به فى المحرر ، والوجيز ، والحاوى الصغير ، والمنور ، وغيرهم

وقدمه فى الشرح ، والحارثى ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم .

قال فى التحبير وهل يقوم الفعل مقام اللفظ ؟ يخرج على الروايتين فى البيع بالمعاطاة ، وأولى بالصحة .

قال فى الحاوى الصغير : وتنعقد بالمعاطاة

وفى المستوعب ، والمغنى ـ فى الصداق ـ لا تصح إلا بلفظ « الهبة » و « العفو » و « التمليك » .

وقال فى الرعاية الكبرى : وفى « العفو » وجهان .

وقال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : وألفاظها « وهبت ، وأعطيت ، وملكت »

والقبول « قبلت » أو « تملكت » أو « اتهبت » .

فإن لم يكن إيجاب ، ولا قبول ، بل إعطاء ، وأخذ : كانت هدية ، أو صدقة تطوع على مقدار العرف . انتهى

وقال في الانتصار ، في غداء المساكين — في الظهار — أطعمتكه كوهبتكه .

وذكر القاضي في المجرد ، وأبو الخطاب ، وأبو الفرج الشيرازي : أن الهبة والعطية لابد فيهما من الإيجاب والقبول ولا تصح بدونه . سواء وجد القبض أو لم يوجد . قاله المصنف وغيره

قال في الفائق : وهو ضعيف .

وقدم في الرعايتين : أنه لا تصح بالمعاطاة

وتقدم التنبيه على هذه المسألة في كتاب البيع .

فائدتان

إحداهما : لو تراخى القبول عن الإيجاب : صح ، ماداما في المجلس ، ولم يتشاغلا بما يقطعه . قاله في الرعاية الكبرى ، والفائق

وقال في الصغرى ، والحاوي الصغير : وينعقد بالإيجاب والقبول عرفا

وقال الزركشي : لو تقدم القبول على الإيجاب : ففي صحة الهبة روايتان . انتهى

قلت : هي مشابهة للبيع . فيأتي هنا ما في البيع على ما تقدم

ثم وجدت الحارثي صرح بذلك ، ولم يحك فيه خلافا . وكذلك صاحب التلخيص .

الثانية : يصح أن يهبه شيئاً ، ويستثني نفعه مدة معلومة . وبذلك أجاب المصنف . واقتصر عليه في القاعدة الثانية والثلاثين

قوله ﴿ وتَلْزَمُ بِالقَبْضِ ﴾

يعني : ولا تلزم قبله . وهذا إحدى الروايتين . وهو المذهب مطلقا . جزم به في الوجيز ، وغيره

واختاره ابن عبدوس في تذكرته ، والقاضي

قال ابن منجا في شرحه : هذا أصح . وقدمه في المحرر ، والخلاصة ، والنظم ، والحارثي ، والفروع ، والفائق ، والزركشي ، والحاوي الصغير .

قال في الكبرى : يلزم الهبة وتملك بالقبض إن اعتبر . وهو المذهب عند ابن أبي موسى ، وغيره .

وعنه : تلزم في غير المكيل والموزون ، بمجرد لفظ

قال الشارح : وعلى قياسه : المعدود والمذروع .

قال في الفروع : وعنه يلزم في متميز بالعقد اختاره الأكثر

قال في الفائق ، والحارثي : اختاره القاضي ، وأصحابه

قال ابن عقيل : هذا المذهب

قال الزركشي : لا يعتبر التعيين إلى القبض عند القاضي ، وعامة أصحابه .

وقدمه في المغني ، وابن رزين في شرحه .

وأطلقهما في الكافي ، والشرح ، والتلخيص ، والهداية ، والمستوعب

وعنه : لا يلزم إلا بإذن الواهب في القبض

تنبيهان

أحدهما : ظاهر كلام المصنف صحة الهبة بمجرد العقد وهو مذهب وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم

وصاحب كلام الخرقي ، وطائفة أن مايكال ويوزن لايصح إلا مقبوضا .

قال في الفائق : ولا تصح الهبة والصدقة ، فيما يكال ويوزن ، إلا بقبضه .

قال في الانتصار : في البيع بالصفة القبض ركن في غير المتعين ، لا يلزم العقد بدونه نقله الزركشي وصححه الحارثي

وبنى كلام ابن عقيل قريبا

الثاني : قوله { في المكيل والموزون لا يلزم فيه إلا بالقبض } محمول على عمومه في كل مايكال ويوزن

قال الشارح ، والمصنف : وخصه أصحابنا المتأخرون بما يبس بتتمين فيه . كقفيز من صبرة ، ورطل من زُبْرة .

قال : وقد ذكرنا ذلك فى البيع ، ورجحنا العموم

قال فى الفروع كما تقدم

وعنه : يلزم فى مميز ما عقد .

قال الزركشى : هبة غير المتعين ـ كقفيز من صبرة ، ورطل من زبرة ـ تفتقر إلى القبض بلا نزاع .

فائدة : تملك الهبة بالعقد أيضاً قاله المصنف ومن تابعه

وقاله فى التلخيص . وقدمه فى الفائق

وقاله أبو الخطاب فى انتصاره فى موضع .

قال فى القاعدة التاسعة والأربعين : قاله كثير من الأصحاب ومنهم أبو الخطاب فى انتصاره ، وصاحب المغنى ، والتلخيص ، وغيرهم .

وقيل : يتوقف الملك على القبض . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمبهج وجزم به فى المحرر

قال فى الكافى : لا يثبت الملك للموهوب له فى المكيل والموزون إلا بقبضه وفيما عداهما روايتان

وقال فى شرح الهداية : مذهب أن الملك فى الموهوب لا يثبت بدون القبض

وفرع عليه : إذا دخل وقت الجزوب من غلة البطن ، والعبد موهوب : لم يقبض ، ثم قبض ـ وقلنا : يعتبر فى هبته القبض ـ فغلته على الواهب

وكذا صرح به غيره : أن القبض ركن من أركان الهبة كالإيجاب فى غيرها وكلام أحمد فى بدل عنه أيضاً

قال ذلك فى القاعدة التاسعة والأربعين

وقيل : يقع الملك مراعى . فإن وجد القبض . تبين أنه كان للموهوب له ، وإلا فهو للواهب .

وحكى عن ابن حامد ، وفرع عليه حكم الفطرة .

وأطلقهما في الفروع . وهما روايتان في الانتصار في نقل الملك بعقد فاسد

قال في الفروع : وعليهما يخرج النماء .

وذكر جماعة : إن اتصل القبض

قوله ﴿ ولا يصحُّ القبضُ إلاَّ بإذنِ الواهبِ ﴾ .

يعني إذا قلنا إن الهبة لا تلزم إلا بالقبض . وهذا المذهب بشرطه الآتي

وعليه الأصحاب . وقطعوا به

وقال في الترغيب ، والبلغة ، والتلخيص : وفي صحة قبضه بدون إذنه روايتان

والإذن لا يتوقف على اللفظ . بل المناولة والتخلية إذن

وظاهر كلام القاضي : اعتبار اللفظ فيه .

قال الحارثي : وعنه يصح القبض بغير إذنه

قدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير .

قوله ﴿ إلاَّ ما كان في يدِ المتَّهِبِ . فيكفي مُضيُّ زمنٍ يتأتَّى قبضُهُ فيه ﴾

هذا إحدى الروايات . اختاره القاضي ، وأبو الخطاب ، والسامري

وجزم به في البلغة ، والتلخيص . وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير .

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب .

وعنه : ما كان في يد المتهب يلزم بالعقد . وهو المذهب

قال الشارح : هذا الصحيح ، إن شاء الله تعالى

وقدمه في المحرر ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، وابن رزين في شرحه .

قال في الرعايتين . وهو أولى . وكذا قال الحارثي

وهو ظاهر ما جزم به في الوجيز

وعنه : لا يصح القبض حتى يأذن فيه أيضاً . ويمضي زمن يتأتى قبضه فيه .

جزم به في الخلاصة واختاره القاضي أيضاً

وقدمه في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير

قال في الرعاية الكبرى : ومن اتهب شيئاً في يده ـ يعتبر قبضه ـ فقبله : اعتبر إذن الواهب فيه على الأشهر ثم مُضِيُّ زمن يمكن قبضه فيه ليملكه

وقيل : يعتبر مضي الزمن دون إذنه

وأطلق الأولى والثالثة في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وأطلق الثانية ، والثالثة في الكافي

تنبيه : الاستثناء الثاني في كلام المصنف : من قوله « وتلزم بالقبض » لا من قوله « ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب »

فائدتان

إحداهما : صفة القبض هنا كقبض المبيع

وعلى القول بأنه لابد من مضي مدة يتأتى قبضه فيها . فإن كان منقولا : فبمضي مدة نقله فيها

وإن كان مكيلا أو موزوناً : فبمضي مدة يمكن اكتياله واتزانه فيها

وإن كان غير منقول : فبمضي مدة التخلية

وإن كان غائباً : لم يصر مقبوضاً حتى يوفيه ، هو ، أو وكيله ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها

ذكر معنى ذلك في الشرح وغيره ، في باب الرهن . وكذا حكم قبض الرهن

الثانية : له أن يرجع في الإذن قبل القبض . وله أن يرجع في نفس الهبة قبل القبض على الصحيح من المذهب فيهما

وقيل : لا يصح الرجوع فيهما

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ الوَاهِبُ : قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فِي الإِذْنِ وَالرُّجُوعِ ﴾

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

واختاره صاحب التلخيص ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال القاضى فى المجرد . يبطل عقد الهبة .

جزم به فى العمدة وقدمه فى الهادى ، والشرح ، والنظم ، والفائق .

قال فى القاعدة الرابعة والأربعين بعد المائة : وهو المنصوص فى رواية ابن منصور ، واختيار ابن أبى موسى .

وقاله القاضى ، وابن عقيل فى الهبة فى الصحة .

وأما فى المرض — إذا مات قبل إقباضها — فجعلا الورثة كالجار تشبيها بالوصية . انتهى

فائدة : لو وهب اثنان هدية ، وأرسلها مع رسول الموهوب له ، أو وكيله ، ثم مات الواهب ، أو الموهوب له قبل وصولها : لزم حكمها . وكانت للموهوب له . لأن قبض الرسول والوكيل كقبضه .

وإن أرسلها الواهب مع رسول نفسه ، ثم مات قبل وصولها إلى الموهوب له ، أو مات الموهوب له : بطلت . وكانت للواهب ولو ائتمنه بعدم القبض

وكذلك الحكم فى الهدية نص على ذلك

تنبيه : أفاد المصنف رحمه الله بقوله « قام وارثه مقامه » أن إذن الواهب ببطل بموته وهو صحيح . وكذلك يبطل إذنه بموت المتهب .

فوائد

الأولى . لو مات المتهب قبل قوله : بطل العقد على الصحيح من المذهب .

وقيل لا يبطل

الثانية : يقبض الأب لطفل من نفسه بلا نزاع . ولا يحتاج إلى قبول من نفسه . على الصحيح من المذهب ويكفى قوله « وهبته . وقبضته له »

وقال القاضى لابد فى هبة الولد أن يقول « قبلته »

وهو مبنى على اشتراط القبول ، على ماتقدم قريباً . والمذهب خلافه .

وقال بعض الأصحاب . يكفى أحد لفظين ، إما أن يقول « قد قبلته » أو « قبضته » .

وإن وهب ولىٌّ غير الأب ، فقال أكثر الأصحاب : لابد أن يوكل الواهب من يقبل للصبى ويقبض له . ليكون الإيجاب من الولى ، والقبول والقبض من غيره ، كما فى البيع . بخلاف الأب . فإنه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض .

قال المصنف ، والصحيح عندى أن الأب وغيره فى هذا سواء .

قال فى الفروع : وفى قبض ولىٍّ غير الأب من نفسه : روايتا شرائه وبيعه له من نفسه .

الثالثة : لايصح قبض الطفل والمجنون لنفسه ولا قبوله ووليه يقوم مقامه فيهما

فإن لم يكن له أب فوصيه . فإن لم يكن فالحاكم أو أمين ، أو من يقيموه مقامهم . ولا يقوم غير هؤلاء الثلاثة مقامهم

وقال المصنف فى المغنى : ويحتمل أن يصح القبول والقبض من غيرهم عند عدمهم .

الرابعة : لايصح من المميز قبض الهبة ولا قبولها . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور

وقال فى القواعد الأصولية ـ تبعاً للحارثى ـ : هذا أشهر الروايتين . وعليه معظم الأصحاب .

وعنه : يصح قبضه وقبوله . اختاره المصنف فى المغنى ، والحارثى .

وقال فى المغنى : ويحتمل أن تقف صحة قبضه على إذن وليه دون القبول .

وفرق بينهما .

وتقدم فى الحجر : هل تصح هبته ؟

والسفيه كالصبى فى ذلك ، وأولى بالصحة

والوصية كالهبة فى ذلك

الخامسة : قال القاضى فى المجرد : معتبر قبض المشاع إذن الشريك فيه ، فيكون قبضه مقبوضا تملكا ، ونصف الشريك أمانة بيده انتهى .

وجزم به فى المحاوى الصغير ، والزركشى .

قال فى القاعدة الثالثة والأربعين : فى المجرد والفصول . تكون نصف الشريك وديعة عنده

وقال ابن عقيل فى الفنون : تكون قبض نصف الشريك عارية مضمونة . انتهى .

قلت : لو قيل : إن جاز له أن يتصرف ، وتصرف : كان عارية . وإن لم يتصرف : فوديعة ـ لكان متجها .

ثم وجدته فى القاعدة الثالثة والأربعين حكى كلامه فى الفنون ، فقال : قال ابن عقيل فى فنونه : هو عارية ، حيث قبضه لينتفع به بلا عوض .

قال صاحب القواعد : وهو صحيح إن كان أذن له فى الانتفاع مجانا . أما إن طلب منه أجرة . فهى إجارة .

وإن لم يأذن فى الانتفاع بل فى الحفظ : فوديعة انتهى وفيه نظر .

السادسة : لو قال أحد الشريكين للعبد المشترك . أنت حبيس على آخرنا موتا : لم يعتق نصيب الأول منهما . ويكون فى يد الثانى عارية فإذا مات عتق ذكره القاضى فى المجرد .

وذكره فى القاعدة الثالثة والأربعين .

قوله ﴿ وَإِنْ أَبْرَأَ الغَرِيمُ غَرِيمَهُ مِنْ دَيْنِهِ ، أَوْ وَهَبَهُ لَهُ ، أَوْ أَحَلَّهُ مِنْهُ بَرِئَتْ ذِمَّتُهُ ﴾ .

وكذا إن أسقطه عنه ، أو تركه له ، أو ملكه له ، أو تصدق به عليه ، أو عفا عنه : برئت ذمته ﴿ وَإِنْ رَدَّ ذَلِكَ وَلَمْ يَقْبَلْهُ ﴾

اعلم أنه إذا أبرأه من دينه ، أو وهبه له ، أو أحلّه منه ، أو نحو ذلك — وكان المبرئ والمبرأ يعلمان الدين — صح ذلك ، وبرئ ، وإن رده ولم يقبله على الصحيح من المذهب نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم

وقيل . يشترط القبول

قال في الفروع ، وفي المغني : في إبرائها له من المهر هل هو إسقاط ، أو تمليك ؟

فيتوجه منه احتمال : لا يصح به وإن صح اعتبر قبوله

وفي الموجز ، والإيضاح : لا تصح هبة في عين

وقال في المغني : إن حلف لا يهبه ، فأبرأه : لم يحنث . لأن الهبة تمليك عين .

قال الحارثي : تصح بلفظ « الهبة » و « العطية » مع اقتضائهما وجود معين . وهو منتف . لإفادتهما معنى الإسقاط هنا .

قال : وهذا لو وهبه دينه هبة حقيقة . لم يصح . لانتفاء معنى الإسقاط . وانتفاء شرط الهبة .

ومن هنا : امتنع هبته لغير من هو عليه وامتنع إجزاؤه عن الزكاة ، لانتفاء حقيقة الملك . انتهى

وقال في الانتصار : إن أبرأ مريض من دينه — وهو كل ماله — ففي براءته من ثلثه ، قبل دفع ثلثيه : منع وتسليم انتهى

وأما إن علمه المبرأ — بفتح الراء — أو جهله ، وكان المبرئ — بكسرها — يجهله . صح ، سواء جهل قدره ، أو وصفه . أو هما على الصحيح من المذهب

حرم به فى الوجيز . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم وصححه الناظم

قال فى القواعد : هذا أشهر الروايات .

وعنه : يصح مع جهل المبرأ ـ بفتح الراء ـ دون علمه .

وأطلق ـ فيما إذا عرفه المديون ـ فيه الروايتين ، فى الرعايتين ، والحاوى الصغير

وعنه لا يصح ، ولو جهلاه ، إلا إذا تعذر علمه .

وقال فى المحرر . ويتجه أن يصح بكل حال ، إلا إذا عرفه المبرأ ، وظن المبرىء جهله به : فلا يصح . انتهى .

وعنه : لا تصح البراءة من المجهول ، كالبراءة من العيب .

ذكرها أبو الخطاب ، وأبو الوفاء . كما لو كتمه المبرأ خوفا من أنه لو علمه المبرىء : لم يبرئه . قاله فى الفروع .

وقال المصنف ، والشارح : فأما إن كان من عليه الحق علمه وكتمه المستحق ، خوفا من أنه إذا علمه لم يسمح ببرائه منه ، فينبغى أن لا تصح البراءة فيه . لأن فيه تغريرا بالمبرىء . وقد أمكن التحرز منه انتهيا .

وتابعهما الحارثى . وقال : ظاهر كلام أبى الخطاب : الصحة مطلقاً .

قال : وهذا أقرب .

فوائد

الأولى : من صور البراءة من المجهول . لو أبرأه من أحدهما ، أو أبرأ أحدهما .

قاله الحلوانى ، والحارثى

وقالا : يصح ، ويؤخذ بالبيان ، كطلاقه إحداهما ، وعتقه أحدهما

قال فى الفروع : يعنى ثم يقرع . على المذهب .

الثانية : قال المصنف وغيره ، قال أصحابنا : لو أبرأه من مائة ـ وهو يعتقد أن لا شىء عليه ، فكان له عليه مائة . فى صحة الإبراء وجهان

صحح القاضي : أن البراءة لا تصح .

قال الحارثي : وهذا أظهر وأطلقهما في الفروع .

أحدهما : لو باع مالا لمورثه ، يعتقد أنه حي — وكان قد مات وانتقل ملكه إليه — فهل يصح البيع ؟ فيه وجهان .

وتقدم الصحيح منهما في كتاب البيع ، بعد تصرف الفضولي . وكذا هنا .

وقال القاضي : أصل الوجهين : من واجه امرأة بالطلاق يظنها أجنبية ، فإذا امرأته ، أو واجه بالعتق من يعتقده حرة فإذا أمته .

ويأتي ذلك في آخر باب الشك في الطلاق .

الثالثة : لا تصح هبة الدين لغير من هو في ذمته . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا

ويحتمل الصحة ، كالأعيان . ذكره المصنف ومن بعده .

قال في الفائق : والمختار الصحة .

قال الحارثي : وهو أصح . وهو المنصوص في رواية حرب — فذكره — إن اتصل القبض به .

وتقدم حكم هبة دين السلم في بابه محرراً . فيعود .

السابعة : لا تصح البراءة بشرط . نص عليه ، فيمن قال « إن متُّ فأنت في حل » فإن ضم التاء . فقال « إن متُّ فأنت في حل » فهو وصية .

وجعل الإمام أحمد رحمه الله تعالى رجلا في حل من عينته ، بشرط أن لا يعود . وقال : ما أحسن الشرط

فقال في الفروع : فيتوجه فيهما روايتان

وأخذ صاحب النوادر من شرطه « أن لا يعود » رواية في صحة الإبراء بشرط

وذكر الحلواني صحة الإبراء بشرط . وأصح منهما المذكور هنا أنه وصية .

وأن ابن شهاب ، والقاضي ، قالا : لايصح على غير موث بلبرىء وأن الأول أصح . لأنه إسقاط .

وقدم الحارثي مقالة الحلواني ، وقال : إنه أصح .

الخامسة : لايصح الإبراء من الدين قبل وجوبه . ذكره الأصحاب . نقله الحلواني عنه .

وجزم جماعة : بأنه تمليك .

ومنع بعضهم أنه إسقاط ، وأنه لايصح بلفظ الإسقاط ، وإن سماه فكأنه ملكه إياه ، ثم سقط .

ومنع أيضاً : أنه لايعتبر قبوله . وإن سماه فلأنه ليس مالا بالنسبة إلى من هو عليه .

وقال : العفو عن دم العمد تمليك أيضاً .

وفي صحيح مسلم « أن أبا اليسر الصحابي رضي الله عنه قال لغريمه : إذا وجدت قضاء فاقضِ . وإلا فأنت في حل » .

وأعلم به الوليد بن عبادة بن الصامت رضي الله عنه ، وابنه ، وهما تابعيان . فلم ينكراه .

قال في الفروع : وهذا متجه . واختاره شيخنا .

السادسة : لو برأ وكان لأحدهما على الآخر دين مكتوب . فادعى استيفاءه بقبضه ، وه ينكره منه : قُبل قوله . ولخصمه تحليفه

ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله .

قال في الفروع : وتتوجه الروايتان في مخالفة النية للعام فيهما يُعمل .

السابعة : قال القاضي محب الدين بن نصر الله - في حواشي الفروع - الإبراء من المجهول : عندنا صحيح لكن هل هو عام في جميع الحقوق ، أو خاص بالأموال ؟ ظاهر كلامهم : أنه عام .

قلت : صرح به فى الفروع فى آخر القذف . وقدمه .

وقال الشيخ عبد القادر ـ فى العمدة ـ لا تكفى الاستحلال المبهم .

ويأتى ذلك محرراً هناك .

قوله ﴿ وَتَصِحُّ هِبَةُ الْمَشَاعِ ﴾ .

هذا المذهب المقطوع به ، عند الأصحاب قاطبة .

وفى طريقة بعض الأصحاب : وينخرج ـ من عدم إجارة المشاع : أنه لا يصح رهنه ولا هبته .

قوله ﴿ وَكُلُّ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ﴾ .

يعنى : تصح هبته . وهذا صحيح . ونص عليه .

ومفهومه : أن ما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته . وهو المذهب .

وقدمه فى الفروع . واختاره القاضى

وقيل : تصح هبة ما يباح الانتفاع به من النجاسات . جزم به الحارثى .

وتصح هبة الكلب جزم به فى المغنى ، والكافى ، والشرح واختاره الحارثى .

قال فى القاعدة السابعة والثلاثين : وليس بين القاضى وصاحب المغنى خلاف فى الحقيقة لأن نقل اليد فى هذه الأعيان جائز ، كالوصية وقد صرح به القاضى فى خلافه . انتهى .

نقل حنبل ـ فيمن أهدى إلى رجل كلب صيد ـ ترى أن يثيب عليه ؟ قال : هذا خلاف الثمن . هذا عوض من شىء . فأما الثمن : فلا

وأطلق فى الكلب المعلم وجهين فى الواضح ، والقواعد الفقهية .

وقيل : وتصح أيضاً هبة جلد الميتة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ويظهر لى صحة هبة الصوف على الظهر . قولاً واحداً .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف أيضاً : أنه لاتصح هبة أم الولد إن قلنا لايجوز بيعها وهو صحيح وهو المذهب

وقيل : يصح هنا ، مع القول بعدم صحة بيعها .

وأطلقهما فى وجيزه ، والفائق .

قلت : ينبغى أن قيد القول بالصحة . بأن تكون حكمها حكم الإماء فى الخدمة ونحوها ، إلى أن يموت الواهب ، فتعتق وتخرج من هبة

قوله (ولا تصح هبة المجهول)

يعنى أن الموهوب المجهول تارة يتعذر علمه . وتارة لايتعذر علمه

فإن تعذر علمه : فالصحيح من المذهب : أن حكمه حكم الصلح على المجهول المتعذر علمه ، كما تقدم وهو الصحة

قطع به فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والمنور ، وغيرهم .

وهو ظاهر ماجزم به فى الوجيز ، والحاوى الصغير

وظاهر كلام المصنف ، وأكثر الأصحاب : أنه لايصح . لإطلاقهم عدم الصحة فى هبة المجهول من غير تفصيل

وهو ظاهر رواية أبى داود وحرب الآتيين .

وإن لم يتعذر علمه : فالصحيح من المذهب : أنه لاتصح وعليه جماهير الأصحاب ، وأكثرهم قطع به

ونقل حرب : لاتصح هبة المجهول .

وقال فى رواية حرب أيضاً : إذا قال « شاة من غنمى » — نعم وهنم له — لم يجز .

وقال المصنف ويحتمل أن المجهول إذا كان من الواهب صح الصحة . وإن كان من الموهوب له : لم تصح

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وتصح هبة المجهول . كقوله « ما أخذت من مالي فهو لك » أو « من وجد شيئاً من مالي فهو له » .

واختار الحارثي : صحة هبة المجهول

فائدة : لو قال « خذ من هذا الكيس ماشئت » كان له أخذ ما فيه جميعاً .

ولو قال « خذ من هذه الدراهم ماشئت » . يملك أخذها كلها . إذ الكيس ظرفها . وقد أخذ بلفظه : حتى أن « يقول أخذت من الكيس ما فيه » ولا يحسن أن يقول « أخذت من الدراهم كلها » نقله الحارثي عن نوادر ابن الصيرفي .

قوله (ولا مَا لا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ) .

يعني لا تصح هبته . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم

وقيل : تصح هبته .

قال في الفروع : ويتوجه من هذا القول . جواز هبة المعدوم وغيره

قلت . اختار الشيخ تقي الدين رحمه الله صحة هبة المعدوم كالثمر واللبن بالسه

قال . واشترط القدرة على التسليم هنا فيه نظر . بخلاف البيع

قوله (وَلا يَجُوزُ تَعْلِيقُهَا عَلَى شَرْطٍ)

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . لا نعلم فيه خلافاً . وقطع به أكثرهم .

وذكر الحارثي جواز تعليقها على شرط .

قلت : واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله . ذكره عنه في الفائق .

تنبيه : قوله (وَلا شَرْطٌ مَا يُنَافِي مُقْتَضَاهَا ، نَحْوُ : أَنْ لا يَبِيعَهَا ، وَلا يَهَبَهَا) .

هذا الشرط باطل بلا نزاع

لكن هل تصح الهبة أم لا ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة فى البيع على ماتقدم .

والصحيح من المذهب : الصحة .

قوله (وَلا تَوقِيتُهَا كَقَوْلِهِ : وَهَبْتُكَ هَذَا سَنَةً)

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . إلا ما استثناه المصنف

وذكر الحارثى الجواز .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قوله (إلاَّ فِى العُمْرَى ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ : أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، أَوْ أَرْقَبْتُكَهَا ، أَوْ جَعَلْتُهَا لَكَ عُمْرَكَ ، أَوْ حَيَاتَكَ) .

وكذا قوله « أعطيتكها » أو « جعلتها لك عُمْرَى ، أو رُقْبَى أو ما بقيت » فإنَّهُ يَصِحُّ ، وَتَكُونُ لِلْمُعْمَرِ — بفتح الميم — (وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ) .

هذه « العمرى والرقبى » وهى صحيحة بهذه الألفاظ وتكون للمُعْمَر ولورثته من بعده . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب

وقال الحارثى : « العمرى » المشروعة ، أن يقول : هى لك ولعقبك من بعدك لاغير .

ونقل يعقوب ، وابن هانىء : من يَعْمُرُ الجارية ، هل يطؤها ؟ قال لا أراه .

وحمله القاضى على الورع . لأن بعضهم جعلها تمليك المنافع .

قال فى القاعدة الخامسة والثلاثين بعد المائة وهو بعيد . والصواب تحريمه ، وحمله على أن الملك بالعمرى قاصر .

فائدة : لو لم يكن له ورثة كان لبيت المال

قوله (وَإِنْ شَرَطَ رُجُوعَهَا إِلَى الْمُعْمِرِ — بكسر الميم — عِنْدَ مَوْتِهِ ، أَوْ قَالَ : هِىَ لآخِرِنَا مَوْتًا : صَحَّ الشَّرْطُ) .

هذا إحدى الروايتين . اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير .

وعنه لا يصح الشرط . وتكون للمعمر — بفتح الميم — ولورثته من بعده . وهو المذهب .

قال المصنف : هذا ظاهر المذهب . نص عليه في رواية أبي طالب

قال في الفائق : هذا المذهب .

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في المحرر ، والفروع ، والرعاية الكبرى .

وأطلقهما في التلخيص ، والشرح .

قال الحرقي — على الرواية الأولى — : هو المذهب .

وقال — على الثانية — لا تصح الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله بصحة الشرط .

تنبيه : من لازم صحة الشرط : صحة العقد ، ولا عكس

والصحيح من المذهب : أن العقد في هذه المسألة صحيح .

جزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه في المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

قال في الفائق ، وغيره : هذا المذهب

وعنه : لا يصح العقد أيضاً .

قال الحرقي ، وذكره ابن عقيل ، وغيره ، وجهاً ببطلان العقد لبطلان الشرط ، كالبيع . ولا يصح . انتهى .

فائدة : لا يصح إعماره المنفعة ، ولا إرقابها .

فلو قال « سكنى هذه الدار لك عمرك » أو « غلة هذا البستان » أو « خدمة

هذا العبد لك عمرك » أو « منحتكه عمرك » أو « هو لك عمرك » فذلك عارية .
له الرجوع فيها متى شاء في حياته أو بعد موته .

نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

ونقل أبو طالب : إذا قال « هو وقف على فلان . فإذا مات فلولدي ، أو لفلان » فكما لو قال « إذا مات فهو لولده ، أو لمن أوصى له الواقف » ليس يملك منه شيئاً . إنما هو من وقفه يضعه حيث شاء مثل السكنى ، والسكنى متى شاء رجع فيه .

ونقل حنبل — في الرقبى والوقف — إذا مات فهو لورثته ، بخلاف السكنى .

ونقل حنبل أيضاً : العمرى والرقبى والوقف معنى واحد ، إذا لم يكن فيه شرط ، ترجع إلى ورثة المعمر وإن شرط في وقفه أنه له حياته : رجع وإن جعله له حياته وبعد موته فهو لورثة الذي أعمره ، وإلا رجع إلى ورثة الأول .

وتقدم حكم الوقف المؤقت .

قوله ﴿ والمَشْرُوعُ في عَطِيَّةِ الأَوْلَادِ : القِسْمَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ ﴾

هذا المذهب نص عليه في رواية أبي داود ، وحرب ، ومحمد بن الحكم ، والمروذي ، والكوسج ، وإسحاق بن إبراهيم ، وأبي طالب ، وابن القاسم ، وسندي وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، والتلخيص ، والزركشي

وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والرعاية ، والحارثي ، وغيرهم

وعنه : المشروع أن يكون الذكر كالأنثى كما في النفقة

اختاره ابن عقيل في الفنون ، والحارثي

وفي الواضح وجه : تستحب التسوية بين أب وأم ، وأخ وأخت .

قال في رواية أبي طالب: لا ينبغي أن يفضل أحداً من ولده في طعام ولا غيره كان يقال « يعدل بينهم في القُبَل » .

قال في الفروع: فدخل فيه نظر وقف

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ولا يجب على المسلم التسوية بين أولاده الذمة .

تنبيهات

الأول: يحتمل قوله « في عطية الأولاد » دخول أولاد الأولاد

يقويه قوله « القسمة بينهم على قدر إرثهم » فقد يكون في ولد الولد من يرث .

وهذا المذهب وهو ظاهر كلام الأصحاب . وقدمه في الفروع

ويحتمل أن هذا الحكم مخصوص بأولاده لصلبه وهو وجه

وذكر الحارثي: لا ولد بنيه وبناته

الثاني: قوة كلام المصنف تعطي أن فعل ذلك على سبيل الاستحباب .

وهو قول القاضي في شرحه .

وتقدم كلامه في الواضح .

والصحيح من المذهب: أنه إذا فعل ذلك يجب عليه ولا يأباه كلام المصنف هنا .

وجزم به في المحرر، والتلخيص، والنظم، والوجيز، والفائق، والرعايتين، والحاوي الصغير .

وقدمه في الفروع، والحارثي .

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله . وقال: هو المذهب

الثالث: مفهوم قوله « والمشروع في عطية الأولاد » أن الأقارب الوارثين غير الأولاد: ليس عليه التسوية بينهم وهو اختيار المصنف، والشارح

قال فى الحاوى الصغير : وهو أصح .

وهو ظاهر كلامه فى الوجيز . فإنه قال : يجب التعديل فى عطية أولاده بقدر إرثهم منه .

قال الحارثى : هو المذهب . وعليه المتقدمون ، كالخرقى ، وأبى بكر ، وابن أبى موسى .

قال فى الفروع : وهو سهو . انتهى

والصحيح : أن حكم الأقارب ورثة فى العطية كالأولاد ، نص عليه .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعايتين ، والنظم ، والفائق ، والفروع . وقال : اختاره الأكثر .

وأما الزوج والزوجة فلا يدخلان فى نمط الأولاد والأقارب . بلا نزاع بين الأصحاب . فهم خارجون من هذه الأحكام .

صرح به فى الرعاية ، وغيره . وهو ظاهر كلام الباقين .

الرابع : ظاهر كلام المصنف : مشروعية التسوية فى الإعطاء . سواء كان قليلا أو كثيراً ، وسواء كانوا كلهم فقراء أو بعضهم

واعلم أن الإمام أحمد - رحمه الله - نص على أنه يعفى عن الشىء التافه

وقال القاضى أبو يعلى الصغير : يعفى عن الشىء اليسير

وعنه : تجب التسوية أيضاً فيه ، إذا تساووا فى الفقر أو الغنى

قوله (فَإِنْ خَصَّ بَعْضَهُمْ ، أَوْ فَضَّلَهُ . فَعَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بِالرُّجُوعِ ، أَوْ إِعْطَاءِ الْآخَرِ حَتَّى يَسْتَوُوا)

هذا المذهب مطلقاً . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والتلخيص ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع والرعايتين ، وغيرهم

قال الزركشى : نص عليه فى رواية يوسف بن موسى . وهو ظاهر كلام الأكثرين . انتهى .

قال الحارثى : وهو ظاهر إيراد الكتاب ، ونصره .

وتحريم فعل ذلك فى الأولاد ، وغيرهم من الأقارب : من المفردات

وقيل : إن أعطاه لمعنى فيه — من حاجة ، أو زمانة ، أو عمى ، أو كثرة عائلة ، أو لاشتغاله بالعلم ونحوه . أو منع بعض ولده لفسقه ، أو بدعته ، أو لكونه يستعين بما يأخذه ونحوه — جاز التخصيص .

واختاره المصنف ، واقتصر عليه بعض من رأيته فى شرحه . إلا أن تكون النسخة مغلوطة

وقطع به الناظم . وقدمه فى الفائق . وقال : هو ظاهر كلامه

قلت : قد روى عن الإمام أحمد رحمه الله ما يدل على ذلك

فإنه قال فى تخصيص بعضهم بالوقف : لا بأس إذا كان لحاجة ، وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة والمعصية ، فى معنى الوقف .

قلت : وهذا قوى جداً .

قوله ﴿ فَعَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بِالرُّجُوعِ أَوْ إِعْطَاءِ الآخَرِ ﴾ .

هذا المذهب ، أعنى أن التسوية : إما بالرجوع ، وإما بالإعطاء

قال فى الفروع : هذا الأشهر . نص عليه .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، وغيرهم

ولم يذكر الإمام أحمد رحمه الله فى رواية إلا « الرجوع » فقط . وقاله الخرقى ، وأبو بكر

قال الحارثي ، والأظهر أن المنقول عن الإمام أحمد رحمه الله ليس قولين مختلفين وإنما هو اختلاف حالين .

تنبيه : ظاهر قوله « أو إعطاء الآخر » ولو كان إعطاؤه في مرض الموت وهو صحيح . وهو المذهب .

قال الشارح : وهو الصحيح . وصححه في الفائق .

قال الزركشي : أولى القولين بالصواب : اختاره المصنف ، وغيره وقدمه في الفروع

وعنه : لا يعطى في مرضه وهو قول قدمه في الرعايتين .

قال الحارثي أشهر الروايتين لا يصح

نص عليه في رواية المروذي ، ويوسف بن موسى ، والفضل بن زياد ، وعبد الكريم بن الهيثم ، وإسحاق بن إبراهيم

ونقل الميموني وغيره لا يعد

وقال أبو الفرج وغيره يؤمر برده

فائدتان

إحداهما : يجوز التخصيص بإذن الباقي ذكره الحارثي واقتصر عليه في الفروع .

الثانية : يجوز للأب تملكه بلا حيلة قدمه الحارثي وتبعه في الفروع ونقل ابن هانئ . لا يعجبني أن يأكل منه شيئاً

قوله (فإن مات قبل ذلك : ثبت للمعطى)

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب منهم الخلال ، وصاحبه أبو بكر ، والحرقي ، وابن أبي موسى ، والقاضي ، وأصحابه ، ومن بعدهم قاله الحارثي .

قال ابن منجا : هذا المذهب .

قال فى الرعايتين : لم يرجع الباقون على الأصح

وجزم به فى الوجيز ، والمنور .

وقدمه فى الفروع ، وشرح ابن رزين ، والحاوى الصغير ، والحارثى ، وغيرهم .

وعنه : لا يثبت . وللباقين الرجوع

اختاره أبو عبد الله بن بطة ، وصاحبه أبو حفص العكبريان ، وابن عقيل ، والشيخ تقى الدين ، وصاحب الفائق .

وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والنظم ، والفائق ، وغيرهم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وأما ولد المفصل : فينبغى له الرد بعد الموت قولا واحداً .

قال فى المغنى ، والشرح : يستحب للمعطى أن يسوى أحد فى عطيته

وحكى عن الإمام أحمد رحمه الله بطلان العطية

واختاره الحارثى وذكر أن مقصوده نقله عن الإمام أحمد رحمه الله .

وذكر ابن عقيل فى الصحة روايتين

فوائد

الأولى : قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : حكم ما إذا ولد له ولد بعد موته : حكم موته قبل التفصيل المذكور بالإعطاء أو الرجوع

واختار الحارثى هنا عدم الوجوب .

وقال : إن حدث بعد الموت فلا رجوع للحادث على إخوته وقاله لأصحاب أيضاً

وفى المغنى : تستحب التسوية بينهم وبينه .

الثانية : محل ماتقدم : إذا عطاه فى غير مرض الموت .

فأما إن عطاه فى مرض الموت فإنه يرجع .

قال فى الرعاية : فإن فعل ذلك فى مرض موته : فلهم الرجوع فيه .

الثالثة لاتحور الشهادة على التخصيص ، لا تحملا ولا أداء . قاله فى الفائق وغيره .

قال الحارثى : قاله الأصحاب . ونص عليه .

قال فى الرعاية . إن علم الشهود حَوْره وكذبه : لم يتحملوا الشهادة . وإن تحملوها ثم علموا : لم يؤدوها فى حياته ، ولا بعد موته ولا إثم عليهم بعدم الأداء . وكذا إن جهلوا أن له ولداً آخر . ثم علموه .

قلت : بلى . إن قلنا : قد ثبت الموهوب لمن وهب له . وإلا فلا . انتهى

قال الحارثى : والعلم بالتخصيص أو التخصيص يمنع تحمل الشهادة وأداءها مطلقاً . حكاه الأصحاب . ونص عليه .

الرابعة : لا يكره للحى قسم ماله بين أولاده على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع . وقال : نقله الأكثر .

وعنه ، يكره .

قال فى الرعاية الكبرى : يكره أن يقسم أحدٌ ماله فى حياته بين ورثته إذا أمكن أن يولد له . وقطع به . وأطلقهما الحارثى .

ونقل ابن الحكم : لا يعجبنى

فلو حدث له ولد سَوَّى بينهم ندباً .

قال فى الفروع : وقدمه بعضهم .

وقيل : وجوبا .

قال الإمام أحمد رحمه الله : أحبُّ إلىَّ أن يسوى بينهم

واقتصر على كلام الإمام أحمد رحمه الله فى المغنى ، والشرح .

قلت : يتعين عليه أن يسوى بينهم

قوله ﴿ وَإِنْ سَوَّى بَيْنَهُمْ فِي الوَقْفِ ، أَوْ وَقَفَ ثُلُثَهُ فِي مَرَضِهِ عَلَى بَعْضِهِمْ : جَازَ . نَصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

ذكر المصنف رحمه الله هنا مسألتين .

إحداهما : إذا سوى بينهم في الوقف : جاز . على الصحيح من المذهب نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

جزم به في الوجيز وغيره .

وقدمه في الهداية والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وصححه في الخلاصة ، وغيره .

قال الحارثي : المذهب الجواز .

قال القاضي : لا بأس به .

ونقل ابن الحكم : لا بأس . قيل : فإن فضل ؟ قال : لا يعجبني على وجه الأثرة . إلا لعيال بقدرهم .

وقياس المذهب : لا يجوز .

وهو احتمال في المحرر ، وغيره .

واختاره أبو الخطاب في الانتصار ، والمصنف ، والحارثي

وقيل : إن قصد إيه مالكٌ من وقف عليه . بطل . وإلا صح

فعلى المذهب : يستحب التسوية أيضاً على الصحيح من المذهب اختاره القاضي وغيره .

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الفروع ، والتلخيص ، وقال : هذا المذهب .

وقيل : المستحب القسمة على حسب الميراث . كالعطية

اختاره المصنف ، والشارح ، وقالا : ماقاله القاضي لا أصل له . وهو ملغى بالميراث والعطية

المسألة الثانية : إذا وقف ثلثه في مرضه على بعضهم . وكذا لو أوصى بوقف ثلثه على بعضهم : جاز على الصحيح من المذهب . نص عليه

قال في الفروع : هذه الرواية أشهر

قال ابن منجا ، والحارثي في شرحهما : هذا المذهب

قال الزركشي : هو أشهر الروايتين ، وأنصهما

واختيار القاضي في التعليق ، وغيره . وأكثر الأصحاب . انتهى .

وجزم به في المنور ، وناظم المفردات . وهو منها .

وقدمه في الفائق ، وغيره ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والمحرر

قال المصنف هنا : وقياس المذهب : أنه لا يجوز .

فاختار عدم الجواز .

واختاره أبو حفص العكبري

قال القاضي - فيما وجدته معلقاً عنه بقلم الزركشي - واختاره ابن عقيل أيضاً .

قال في الفروع : فعنه كهبة . فيصح بالإجازة .

وعنه : لا يصح بالإجازة ، إن قلنا : إن الإجازة ابتداء هبة . انتهى

وقال في الرعاية الكبرى : إن وقف الثلث في مرضه على وارث ، أو أوصى أن يوقف عليه : صح ، ولزم . نص عليه

وعنه : لا يصح

وعنه : إن أجيز صح . وإلا بطل ، كالزائد على الثلث

ثم قال : قلت : إن قلنا « هو لله » صح ، وإلا فلا .

وقيل : يجوز لدين ، أو علم ، أو حاجة . انتهى .

على المذهب. لو سوى بين ابنه وابنته فى دار لا يملك غيرها فرَدَّا . فثلثها بينهما وقف بالسوية ، وثلثاها ميراث .

وإن رَدَّ ابنه وحده : فله ثلث الثلثين إرثاً . ولابنته ثلثهما وقفاً .

وإن ردت ابنته وحدها : فلها ثلث الثلثين إرثاً . ولابنه نصفهما وقفاً ، وسدسهما إرثاً لرد الموقوف عليه ذكره فى الرعاية ، والمحرر ، والفروع .

قال فى الرعاية : وكذا له إن رد هو الوقف إلى قدر الثلث . وللبنت ثلثهما وقفاً

وقيل : لها ربعهما وقفاً ، ونصف سدسهما إرثاً . وهو لأبى الخطاب

قال فى المحرر : وهو سهو ورده شارحه . وهو كما قال .

وقيل : نصف الدار وقف عليه ، وربعها وقف عليها ، والباقى إرث لهما أثلاثاً انتهى .

وعلى الثانية تملك فى الدار كثلثيها على الثالثة

فائدة : لو وقف على أجنبى زائداً على الثلث : لم يصح وقف الزائد على الصحيح من المذهب .

جزم به المصنف ، وغيره

وقدمه فى الفروع ، وقال : وأطلق بعضهم وجهين .

قلت : قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : وإن وقف ثلثه على أجنبى : صح وفيما زاد وجهان .

قوله ﴿ ولا يجوز لواهب أن يرجع فى هبته ، إلا الأب ﴾ .

هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب . وصححه فى الرعاية الكبرى .

قال الزركشى : هذا المشهور

وعنه : ليس له الرجوع قدمه فى الرعايتين

وعنه : له الرجوع ، إلا أن يتعلق به حق ، أو رعنة نحو أن يتزوج الولد أو يفلس .

وكذا لو فعل الولد مايمنع التصرف مؤبداً أو مؤقتاً .

وجزم بهذه الرواية فى الوجيز

واختاره الشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وابن عقيل ، وابن البنا ، والمصنف ذكره الحارثى ، والشيخ تقى الدين . وقال : يرجع فيما زاد على قدر الدين ، أو الرعنة

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب .

وأطلق الأولى والثالثة فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم .

وقيل : إن وهب ولديه شيئا ، فاشترى أحدهما من الآخر نصيبه : فى رجوعه فى الكل وجهان .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ليس للأب الكافر أن يرجع فى عطيته ، إذا كان وهبه فى حال الكفر ، وأسلم الولد .

فأما إذا وهبه حال إسلام الولد ، فقياس المذهب : الجواز ولا بقر فى بده . وفيه نظر انتهى .

وقال أبو حفص العكبرى : تحصيل المذهب : أنه يرجع فيما وهب لابنه . ولا يرجع فيما كان على وجه الصدقة واختاره ابن أبى موسى .

وقد صرح القاضى ، والمصنف ، وغيرهما : بأنه لا فرق بين الصدقة وغيرها . وهو ظاهر كلام جماعة . انتهى

تنبيه : قوله ﴿ أَوْ يُفْلِسُ ﴾ .

وكذا قال أبو الخطاب ، وغيره

قال الحارثى : والصواب أنه مانع من غير خلاف ، كما فى الرهن ، ونحوه .

وبه صرح فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، وغيرهما . انتهى .

وعن الإمام أحمد رحمه الله ـ فى المرأة تهب زوجها مهرها ـ إن كان سألها ذلك رده إليها ، رضيت أو كرهت لأنها لا تهب إلا مخافة غضبه أو إضراره بها بأن يتزوج عليها .

نص عليه فى رواية عبد الله

وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأدمى .

قال فى الرعاية الصغرى : ورجع المرأة فيما وهبت لزوجها بمسألته . على الأصح .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته

وجزم به فى القواعد الفقهية ، فى القاعدة الخمسين بعد المائة .

فالمصنف قدم هنا عدم رجوعها إذا سألها . وهو ظاهر كلام الخرقى ، وكثير من الأصحاب .

جزم به فى الكافى ، والجامع الصغير ، وابن أبى موسى ، وأبو الخطاب .

واختاره الحارثى وهو اختيار أبى بكر وغيره .

وقدمه فى الحاوى الصغير ، والنظم ، وفصول ابن عقيل .

قلت : الصواب عدم الرجوع إن لم يحصل فيه ضرر ، من طلاق وغيره ، وإلا فلها الرجوع .

وأطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والرعاية الكبرى ، والفروع

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنها لا ترجع بما وهبته من غير سؤال منه وهو صحيح

وهو المذهب وهو ظاهر كلام الخرقى ، وغيره .

واختاره أبو بكر وغيره

وقدمه فى الفروع وغيره

وقاله القاضى فى كتاب الوجهين ، وصاحب التلخيص ، وغيرهما .

وقيل : لها الرجوع . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى .

وقيل : إن وهبته لدفع ضرر لم يندفع ، أو عوض ، أو شرط ، لم يحصل : رجعت وإلا فلا .

فوائد

إحداها : ذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله وغيره أنه لو قال لها « أنت طالق إن لم ترضيى » فأبرأته : صح

وهل ترجع ؟ فيه ثلاث روايات .

ثالثها : ترجع إن طلقها ، وإلا فلا . انتهى .

قلت : هذه المسألة داخلة فى الأحكام المتقدمة ، ولكن هذا آكد فى الرجوع .

الثانية : يحصل رجوع الأب بقوله ، علم الولد أو لم يعلم . على الصحيح من المذهب

ونقل أبو طالب رحمه الله : لا يجوز عتقها حتى يرجع فيها . أو يردها إليه . فإذا قبضها أعتقها حينئذ

قال فى الفروع : فظاهره اعتبر قبضه ، وأنه يكفى .

وقال جماعة من الأصحاب . فى قبضه مع قرينة وجهان .

الثالثة : لو أسقط الأب حقه من الرجوع ، فهل سقوطه احتمالان فى الانتصار . قاله فى الفروع .

قال ابن نصر الله — فى حواشى الفروع — أظهرهما : لا يسقط . لتعلقه به شرع ، كإسقاط الولى حقه من ولاية النكاح .

وقد يترجح سقوطه لأن الحق فيه مجرد حقه ، بخلاف ولاية النكاح . فإنه حق عليه لله تعالى وللمرأة . فلهذا يأثم بتركه . وهذا أوجه . انتهى .

ويأتى نظير ذلك فى الحضانة .

الرابعة : تصرف الأب ليس رجوعا . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

وخرج أبو حفص البرمكى — فى كتاب حكم الوالدين فى مال ولدهما — رواية أخرى : أن العتق من الأب صحيح . ويكون رجوعاً

قال فى التلخيص ، والفروع ، وغيرهما : لا يكون وطؤه رجوعاً

وهل يكون بيعه وعتقه ونحوهما رجوعاً أو على وجهين .

وعليهما لا يبعد . لأنه لم يلاق الملك .

ويتخرج وجه بعدوده . لاقتران الملك . قاله فى القاعدة الخامسة والخمسين .

قال فى المغنى : الأحد المجرد إن قصد به رجوعا فرجوع . وإلا فلا . مع عدم القرينة . ويُدَيَّن فى قصده .

وإن اقترن به ما يدل على الرجوع فوجهان أظهرهما : أنه رجوع . اختاره ابن عقيل وغيره . قاله الحارثى .

الخامسة : حكم الصدقة حكم الهبة فيما تقدم . على الصحيح من المذهب .

اختاره القاضى . وغيره

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه .

قال فى الفروع : هذا أصح الوجهين .

وقال فى الإرشاد : لا يجوز الرجوع فى الصدقة بحال .

وقدمه الحارثى وقال . هذا المذهب ونص عليه فى رواية حنبل

تنبيه : ظاهر كلام المصنف — بل هو كالصريح — أن الأم ليس لها الرجوع إذا وهبت ولدها وهو الصحيح من المذهب . نص عليه وعليه أكثر الأصحاب

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : هى كالأب فى ذلك .

وجزم به فى المنهج ، والإيضاح .

واختاره المصنف ، والشارح ، والقاضى يعقوب ، والحارثى ، وصاحب الفائق .

وقاله فى الإفصاح ، والواضح ، وغيرهما .

وهو ظاهر كلام الخرقى .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

[السادسة : لو ادعى اثنان مولوداً فوهبه أو أحدهما فلا رجوع لانتفاء ثبوت الدعوى ، وإن ثبت الملحق بأحدهما ثبت الرجوع[1]] .

وظاهر كلام المصنف أيضاً : أن الجد ليس له الرجوع فيما وهبه لولد ولده .

وهو الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب

وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : هو كالأب . وأطلقهما فى الفائق .

قوله (وَإِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ ، أَوْ زَادَتْ زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً : لَمْ يَمْتَنِعِ الرُّجُوعُ) .

إذا نقصت العين لم يمنع من الرجوع بلا نزاع

وكذا إذا زادت زيادة منفصلة على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : لا نعلم فيه خلافاً .

وفى الموجز رواية أنها تمنع .

تنبيه : يستثنى من كلام المصنف : لو كانت الزيادة المنفصلة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه : منع الرجوع ، إلا أن نقول : الزيادة المنفصلة للأب . قاله المصنف ، والشارح ، والناظم ، وغيرهم .

---

(١) موجود بالنسختين ومضروب عليه فى نسخة المصنف .

قلت : فيعاني بها

وتقدم في آخر الجهاد شيء من ذلك

قوله ﴿ والزِّيَادَةُ للابْنِ ﴾ .

هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب .

ويحتمل أنها للأب . وهو رواية في الفائق وغيره .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير

واستثنوا ولد الأمة فإنها للولد عندهم بلا نزاع .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . وتقدم نظيرها في الحجر واللقطة .

قوله ﴿ وَهَلْ تَمْنَعُ الزِّيَادَةُ المُتَّصِلَةُ الرُّجُوعَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والمغني ، والكافي ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، وتجريد العناية ، والحاوي الصغير ، والنظم ، والقواعد

قال في الرعايتين ، والفائق : وفي منع المتصلة صورة ومعنى : روايتان .

زاد في الكبرى : كسمن وكبر وحبل ، وتعلم صنعة

إحداهما : تمنع صححه في التصحيح ونصره المصنف ، والشارح .

قال في القاعدة الحادية والثمانين — بعد إطلاق الروايتين — والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله — في رواية ابن منصور — امتناع الرجوع .

وهو المذهب على ما اصطلحناه في الخطبة [1] .

والرواية الثانية : لا تمنع . نص عليه في رواية حنبل .

وهو اختيار القاضي ، وأصحابه .

(١) هنا ورقة ضائعة من أصل المصنف الذي بخط يده .

قاله الحارثي : واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وقال : ويشارك بالمتصلة .

قال في القواعد : وعلى القول بجواز الرجوع ، لاشيء على الأب للزيادة

فائدة : لو اختلف الأب وولده في حدوث زيادة في الموهوب : فالقول قول الأب . على الصحيح من المذهب .

وقيل : قول الولد . وأطلقهما في الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَهُ الْمَتْهُوبُ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ بِفَسْخٍ ، أَوْ إِقَالَةٍ ، فَهَلْ لَهُ الرُّجُوعُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وكذا لو رجع إليه بعقد المشترى

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والمصنف ، والفروع ، والفائق ، والقواعد الفقهية ، والحارثي ، وتجريد العناية ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

أحدهما : يرجع . وهو المذهب .

جزم به في الكافي ، والوجيز ، والمنور .

واختاره ابن عبدوس في تذكرته .

والوجه الثاني يرجع . صححه في التصحيح .

وقطع به القاضي ، وابن عقيل . قاله الحارثي .

وهذا في الإقالة : إذا قلنا : هي فسخ

أما إذا قلنا : هي بيع ، فقال في قواعد ابن رجب : يتبع رجوع الأب

وتقدم ذلك في قواعد الإقالة ، وهل هي فسخ أو بيع ؟

وقيل : إن رجع بخيار رجع ، وإلا فلا . وأطلقهن الزركشي .

قوله ﴿ وَإِنْ رَجَعَ إِلَيْهِ بِبَيْعٍ ، أَوْ هِبَةٍ : لَمْ يَمْلِكِ الرُّجُوعَ ﴾ بلا نزاع .

وكذا لو رجع إليه بإرث أو وصية .

قوله ﴿ وإنْ وهَبَهُ المُتَّهبُ لابْنِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ أَبُوهُ الرُّجُوعَ ، إلاَّ أَنْ يَرْجِعَ هُوَ ﴾ .

إذا وهبه المتهب لابنه ، ولم يرجع هو : لم يملك الجد الرجوع على الصحيح من المذهب .

جزم به ابن منجا في شرحه ، والشارح ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق .

وفيه احتمال : له الرجوع ، ذكره أبو الخطاب .

قال في التلخيص : وهو بعيد .

قال الحارثي : وهو كما قال ، وأبو الخطاب وهم . انتهى

وأطلقهما في الفروع

وإن رجع ملك الواهب لأول الرجوع على الصحيح من المذهب .

وجزم به المصنف هنا .

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والحارثي ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

ويحتمل أن لا يملك الرجوع .

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والفروع .

قوله ﴿ وإنْ كاتَبَهُ ، لَمْ يَمْلِكِ الرُّجُوعَ ، إلاَّ أَنْ يَفْسَخَ الكِتَابَةَ ﴾ .

هذا مبني على القول بعدم جواز بيع المكاتب .

أما على القول بجواز بيعه — وهو المذهب — فحكمه حكم العين المستأجرة قاله الشارح

وقد صرح قبل ذلك بجواز الرجوع فى العين المستأجرة . فكذا هنا . لكن المستأجر مستحق للدفع مدة الإجارة ، والكتابة باقية على حكمها إذا رجع أيضاً .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : وإن كاتبه — ومُنع بيع مكاتب ، ورأت مصلحة أو عجز — رجع ، وإلا فلا . كما لو باعه

وما أخذه الأب من دين الكتابة ، يأخذه منه أبوه ، بل يأخذ مايؤديه وقت رجوعه وبعده . فإن عجز عاد إليه .

قال الزركشى : وشرط الرجوع أن لايتعلق بالعين حق يمنع تصرف الأب كالرهن ، وحجر المفلس والكتابة ، وإن لم يحز بيع المكاتب .

فائدة : لايمنع التدبير الرجوع . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يمنع

وهذا الحكم مفرع على القول بجواز بيعه .

وأما على القول بمنع البيع : فإن الرجوع يمتنع كالاستيلاء . قاله الشارح ، وغيره

فائدة : إجارة الولد له ، وتزويجه ، والوصية به ، والهبة قبل القبض ، والمزارعة ، والمضاربة ، والشركة ، وتعليق عتقه بصفة : لايمنع الرجوع .

وكذا وطء الولد لايمنع الرجوع

وكذا إبق العبد ورده الولد لايمنع ، إن قيل ببقاء الملك

وإن قيل : مراعى فكذلك الرجوع

وإن قيل : بحواله منعت .

قوله ﴿ وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء ﴾ .

هذا المذهب بشرطه وعليه جماهير الأصحاب .

وقطع به كثير منهم .

ومنع من ذلك ابن عقيل ذكره فى مسألة الإعفاف .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ليس للأب الكافر أن يتملك من مال ولده المسلم ، لاسيما إذا كان الولد كافراً ثم أسلم .

قلت : وهذا عين الصواب .

وقال أيضاً : والأشبه أن الأب المسلم ليس له أن يأخذ من مال ولده الكافر شيئاً .

فعلى المذهب : قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يستثنى مما للأب أن يأخذه من مال ولده ـ سُرية للابن ، وإن لم تكن أم ولد فإنها ملحقة بالزوجة ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله في أكثر الروايات .

ويأتي كلامه أيضاً قريباً « إذا تملك في مرض موته أو مرض موت الابن »

قوله ﴿ مع الحاجة وعدمها ﴾

يعني : مع حاجة الأب وعدمها . وهذا المذهب .

جزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في الفروع ، وغيره .

وهو من مفردات المذهب

وقيل : لايتملك من مال ولده إلا ما احتاج إليه

وسأله ابن منصور وغيره عن الأب : يأكل من مال ابنه ؟ قال : نعم ، إلا أن يفسده . فله القوت فقط

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : أن الأم ليس لها أن تأخذ من مال ولدها ، كالأب وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وقيل : لها ذلك كالأب .

قوله ﴿ إذا لم تتعلق حاجة الابن به ﴾ .

يشترط فى حواز أحد الأب من مال ولده أن لايضر الأخذ به ، كما إذا تعلقت حاجته به . نص عليه .

وقدمه فى الرعاية ، والفروع .

وعنه : له الأخذ مالا يجحف به .

وجزم به الكافى ، والمغنى ، والشرح ، وتذكرة ابن عبدوس ، ونظم المفردات

قال فى المغنى ، والشرح . وللأب أن يأخذ من مال ولده ماشاء مع غناه وحاجته ، بشرطين

أحدهما : أن لايجحف بالابن ، ولا يأخذ ماتعلقت به حاجته

الثانى : أن لا يأخذ من أحد ولديه ، و يعطيه الآخر نص عليه فى رواية اسماعيل بن سعيد انتهى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قياس المذهب : أنه ليس للأب أن يتملك من مال ابنه فى مرض موت الأب مايجحف تركة . لأنه بمرضه قد انعقد السبب القاطع لتملكه فهو كما لو تملك فى مرض موت الابن . انتهى

وقال أيضاً : لو أخذ من مال ولده شيئاً ، ثم انصبح سبب استحقاقه ، بحيث وجب رده إلى لدى كان ملكه ـ مثل أن يأخذ الأب صداق ابنته ، ثم يطلق الزوج أو يأخذ الزوج[1] ثمن السلعة التى باعها الولد ، ثم يرد السلعة بعيب ، أو يأخذ المبيع لدى اشتراه الولد ثم يفلس بالثمن ونحو ذلك ـ فالأقوى فى جميع الصور أن لهذا الأول الرجوع على الأب . انتهى .

وعنه : للأب تملكه كله ، لظاهر قوله عليه أفضل الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » .

قوله ﴿ وَإِنْ تَصَرَّفَ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ بِبَيْعٍ ، أَوْ عِتْقٍ ، أَوْ إِبْرَاءٍ مِنْ دَيْنٍ : لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ ﴾ .

(١) إلى هنا انتهى الجزء .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

قال فى الفروع : ولا يصح تصرفه فيه قبل تملكه . على الأصح .

قال فى القواعد الفقهية : هذا المعروف من المذهب .

وعنه : يصح . وخرج أبو حفص البرمكى رواية بصحة تصرفه بالعتق قبل القبض .

وقال أبو بكر فى التنبيه : بيع الأب على ابنه ، وعتقه وصدقته ، ووطء إمائه — ما لم يكن الابن قد وطىء — جائز ويجوز له بيع عبيده وإمائه وعتقهم .

فعلى المذهب : قال الشيخ تقى الدين : يقدح فى أهليته لأجل الأذى . لاسيما بالحبس . انتهى

وقال فى الموجز . لا يمكن إحضاره فى مجلس الحكم . بل أحضره . فادعى ، فأقر ، أو قامت بينة : لم يحبس .

فائدة : يحصل تملكه بالقبض . نص عليه ، مع القول أو النية

قال فى الفروع : وتتوجه : أو قرينة

وقال فى المنهج : فى تصرفه فى غير مكيل ، أو موزون : روايتان . بناء على حصول ملكه قبل قبضه

قوله ﴿ وإن وطىء جارية ابنه ، فأحبلها : صارت أم ولد له ﴾ .

إن كان الابن لم يكن وطئها : صارت أم ولد لأبيه ، إذا أحبلها . بلا نزاع .

وإن كان الأب يطؤها ، فظاهر كلام المصنف هنا : أنها تصير أم ولد له أيضاً ، إذا أحبلها . وهو أحد الوجهين .

ورجحه المصنف فى المغنى .

وهو كالصريح فيما قطع به صاحب المحرر ، والشارح ، وابن منجا فى شرحه ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتبصرة ، وغيرهم .

وقطع به فى الزعامة الكبرى .

والصحيح من المذهب : أنها لا تصير أم ولد للأب ، إذا كان الابن يطؤها .

نص عليه .

قال فى الفروع : وإن كان ابنه يطؤها : لم تصر أم ولد فى المنصوص .

تنبيه : هذا إذا لم يكن الابن قد استولدها .

فإن كان الابن قد استولدها : لم ينتقل الملك فيها باستيلاده ، كما لا ينتقل بالعقود .

وذكر ابن عقيل فى فنونه : أنها تصير مستولدة لهما جميعاً ، كما لو وطىء الشريكان أمتهما فى طهر واحد ، وأتت بولد ، وألحقته القافة بهما . قاله فى القاعدة الخامسة والخمسين .

قوله (وَوَلَدُهُ حُرٌّ . لَا تَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ)

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

وعنه : تلزمه قيمته .

قوله (وَلَا مَهْرٌ) .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه . تلزمه المهر .

تنبيه ظاهر كلام المصنف أن الأب لا يلزمه قيمة جارية ابنه إذا أحبلها .

قال فى الفروع : وقد ذكر جماعة هنا لا يثبت الولد فى ذمة أبيه شىء .

قال فى المحرر ، وغيره : وهو ظاهر كلامه . وهذا منه .

والصحيح من المذهب : أنه تلزمه قيمتها . قدمه فى المحرر ، والفروع .

قوله (وَلَا حَدَّ) .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب وعنه : يحدّ .

قال جماعة : ماله يبو تملكها منهم ابن حمدان ، فى باب حد الزنا .

تنبيه : محل هذا : إذا كان الابن لم يطأها .

فأما إن كان الابن يطؤها ففى وجوب الحد عليه روايتان منصوصتان وأطلقهما فى الرعاية الكبرى ، والفروع

قلت : ظاهر ماقطع به المصنف هنا . وفى باب حدّ الزنا ، وفى الكافى ، والمغنى ، وغيره : أنه لا حدّ عليه ، سواء كان الولد يطؤها ، أو لا .

وقطع بالإطلاق هناك الجمهور .

قال الحارثى هنا : ولا فرق فى انتفاء الحد بين كون الابن وطئ ، أو لا ذكره أبو بكر ، والسامرى ، وصاحب التلخيص . انتهى .

قلت : الأولى وجوب الحد .

قوله ﴿ وَفِى التَّعْزِيرِ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة

أحدهما : يعزر وهو الصحيح من المذهب .

قال الشارح : هذا أولى .

قال فى الفروع : ويعزر فى الأصح .

وصححه فى التصحيح ، وشرح الحارثى ، والنظم

وقدمه فى الرعاية ، فى باب حد الزنا .

والوجه الثانى : لا يعزر

وقيل : يعزر ، وإن لم تحمل

قوله ﴿ وليسَ للابنِ مُصادَرَةُ أبيهِ بدَيْنٍ ، ولا قيمةِ مُتْلَفٍ ، ولا أرْشِ جنايةٍ ، ولا غيرِ ذلك ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وهو من مفردات المذهب .

وقال فى الرعاية : قلت : ويحتمل أن يطالبه بما له فى ذمته ، مع حاجته إليه ، وغنى والده عنه .

قال فى الرعاية الصغرى : ولا يطالب أباه بما ثبت له فى ذمته فى الأصح ، بقرض وإرث ، وبيع ، وجناية ، وإتلاف .

تنبيه - ظاهر كلام المصنف : أن ذلك يثبت فى ذمته ، ولكن يمنع من المطالبة به . وهو أحد الوجهين . والمذهب منهما . قدمه فى المغنى .

وهو ظاهر كلامه فى المحرر ، والرعاية ، والحاوى .

قال الحارثى : وهو الأصح .

وبه جزم أبو بكر ، وابن البنا . وهو من المفردات

قال الحارثى : ومن الأصحاب من يقول بثبوت الدين ، وانتفاء المطالبة . منهم القاضى ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والمصنف . انتهى

واختاره المجد فى شرحه

وقدم فى الفروع : إذا أولد أمة ابنه : أنه تثبت قيمتها فى ذمته . ذكره فى باب أمهات الأولاد

والوجه الثانى : لا يثبت فى ذمة الأب شىء لولده .

وهو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله

وتأول بعض الأصحاب النص .

قال المصنف : ويحتمل أن يحمل المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله - وهو قوله « إذا مات الأب بطل دين الابن » وقوله - فيمن أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه - « ليس عليه شىء » ولا يؤخذ من بعده - على أن أخذه له ، وإنفاقه إياه : دليل على قصد التملك .

قال الحارثي : محل هذا : في غير المتلف .

أما المتلف : فإنه لا يثبت في ذمته . وهو المذهب بلا إشكال .

ولم يحك القاضي — في رهوس مسائله — فيه خلافاً . انتهى

وأطلقهما في الشرح ، والرعاية الكبرى ، والفائق ، والفروع .

فعلى الوجه الأول : هل يملك الأب إبراء نفسه من الدين ؟ .

قال القاضي : فيه نظر .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يملك الأب إسقاط دين الابن عن نفسه .

قال في الفروع : وذكر عبد القادر : أنه لا يملكه ، كإبرائه غريم الابن وقبضه منه . انتهى .

وأتى قريباً في القاعدة الثالثة : هل يسقط الدين بموت الأب ؟

وظاهر كلام المصنف أيضاً : أنه لو وجد عين ماله — الذي باعه أو أقرضه — بعد موت أبيه : أن له أخذه ، إن لم يكن انتقد ثمنه وهو إحدى الروايتين

وقدم في المغني — كما تقدم — أن الأب إذا مات يرجع الابن في تركته بدينه . لأنه لم يسقط عن الأب ، وإنما أخرت المطالبة به . انتهى

قلت : هذا في الدين . فهي العين طريق أولى

والرواية الثانية : ليس له أخذه .

وأطلقهما في المنهج ، والرعاية الكبرى ، والفروع ، والفائق ، وشرح الحارثي

قال في المنهج ، والحارثي : وكذا لو وجد بعضه .

فوائد

الأولى : ليس لورثة الابن مطالبة أبيه بما للابن عليه من الدين وغيره . كالابن نفسه ، على الصحيح من المذهب .

جزم به في المغني ، والشرح ، والحارثي .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لهم المطالبة ، وإن منعنا الابن منها وأطلقهما فى الفائق .

وقال فى الانتصار ـ فيمن قتل ابنه ـ إن قلنا : الدية للوارث ، طالبه ، وإلا فلا

الثانية : لو أقر الأب بقبض دين ابنه ، فأنكر الابن : رجع على الغريم . ويرجع الغريم على الأب . نقله مهنا .

قال فى الفروع : وظاهره لا يرجع مع إقراره .

الثالثة : لو قضى الأب الدين الذى عليه لابنه فى مرضه ، أو أوصى له بقضائه كان من رأس المال . قاله الأصحاب .

وإن لم يقضه ولم يوص به : لم يسقط بموته ، على أحد الوجهين اختاره بعضهم .

وقدمه فى الفروع ، والمغنى .

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه يسقط ، كحبسه به فى الأجرة ، فلا يثبت كحبالة

قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم

وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . وأطلقهما فى الشرح .

وقيل : ما أخذه ليملكه يسقط بموته ، ومالا فلا .

وتقدم إذا وجد عين ماله الذى باعه بعد موت الأب .

وتقدم : هل يثبت له فى ذمة أبيه دين أم لا ؟

الرابعة : للابن مطالبة أبيه بنفقته الواجبة عليه . قاله الأصحاب .

قال فى الوجيز : له مطالبة بها ، وحبسه عليها .

وهو مستثنى من عموم كلام من أطلق . ويعانى بها

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم : للابن مطالبة أبيه بعين له فى يده

قلت : وهو ظاهر كلام المصنف

الخامسة : هل لوالد ولده مطالبته عما له فى ذمته ؟

قال فى الرعاية ، قلت : يحتمل وجهين .

وإن قلنا : لا يثبت فى ذمته شىء فهدر . انتهى .

قلت : ظاهر كلام أكثر الأصحاب : أن له مطالبته .

قوله ﴿ وَالْهَدِيَّةُ ، وَالصَّدَقَةُ نَوْعَانِ مِنَ الْهِبَةِ ﴾ .

يعنى : فى الأحكام . وهذا المذهب

جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم وقدمه فى الفروع .

قال فى الفائق : والهدية والصدقة ، نوعان من الهبة . يكفى القبض فيهما إيجاباً وقبولا . على أصح الوجهين

وقال فى الرعاية الصغرى : هما نوعا هبة .

وقيل : يكفى القبض قبولا .

وقيل : وإيجاباً .

وقال فى الكبرى : ويكفى القبض فيهما قبولا . فى الأصح ، كالقبض

وقيل : وإيجاباً . كالدفع .

وقالا : ويصح قبضهما بلا إذن ، ولا مضى مدة إمكانه . ولا يرجع فيهما أحد .

وقيل : إلا الأب .

وقيل : بل يرجع فى الصدقة فقط على ولده الرشيد ، إن كان قبضها ، وعلى الصغير فيما له بيده منها . انتهى .

ونقل حنبل ، والمروذى . لا رجوع فى الصدقة

وقال فى «مستوعب» ، وعيون المسائل ، وغيرهما : لايعتبر فى الهدية قبول للعرف . بخلاف الهبة .

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : ولا رجوع فيهما لأحد ، سوى أب .

فوائد

إحداها : وعاء الهدية كالهدية مع العرف

فإن لم يكن عرف رده فانه فى الفروع

قال الحارثى : لايدخل الوعاء إلا ماجرت العادة به ، كقوصرة التمر ونحوها .

الثانية : قال فى الرعاية الكبرى : إن قصد بعمله ثواب الآخرة فقط . فهو صدقة

وقيل : مع صحة المتهب

وإن قصد بعمله إكراماً وتودداً وتحبباً ومكافأة فهو هدية

قال الحارثى : ومن هنا اختصت بالمنقولات ، لأنها تحمل إليه . فلا يقال : أهدى أرضاً ، ولا داراً . انتهى وغيره : هبة ، وعطية ، ونِحْلة

وقيل : الكل عطية ، والكل مندوب انتهى .

وقال فى «حاوى الصغير» : الهبة ، والصدقة ، والنحلة ، والهدية ، والعطية معانيها متقاربة . واسم « العطية » شامل لجميعها وكذلك « الهبة »

و « الصدقة » و « الهدية » متغايران . فإن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل من الهدية دون الصدقة .

فالظاهر : أن من أعطى شيئاً تقرب به إلى الله تعالى لمحتاج : فهو صدقة

ومن دفع إلى إنسان شيئا للتقرب إليه ولمحبة له : فهو هدية

وجميع ذلك مندوب إليه ، محثوث عليه . انتهى

الثالثة : لو أعطى شيئاً من غير سؤال ، ولا استشراف ، وكان ممن يجوز له أخذه — وجب عليه الأخذ فى إحدى الروايتين

اختاره أبو بكر فى التنبيه ، والمستوعب ، للحديث فى ذلك[1] .

والرواية الثانية : لا يجب

قال الحارثى : وهو مقتضى كلام المصنف وغيره من الأصحاب .

قلت فى الحج : لا يكون مستطيعا بدل غيره له وفى الصلاة : لا يلزمه قبول البترة .

قلت : وهو الصواب .

وذكر روايتين احلال فى مسمعه ، والمجد فى شرحه . وأطلقهما الحارثى .

قوله ﴿ أمَّا المريضُ غيرَ مَرَضِ الموتِ ، أوْ مرَضًا غيرَ مَخُوفٍ . فعَطاياهُ كعطايا الصَّحيحِ ، سواءٌ تصحَّ فى جَميعِ مالِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، ولو مات به .

وقال أبو الخطاب فى الانتصار ـ فى التيمم حكمه حكم مرض الموت المخوف .

فائدة : لو لم يكن مرضه مخوفا حال التبرع ، ثم صار مخوفا : فمن رأس المال .

حكاه السامرى واقتصر عليه الحارثى اعتبارا بحال العطية

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ وما قال عدلان مِنْ أهْلِ الطِّبِّ : إنَّهُ مَخُوفٌ . فعَطاياهُ كالوَصيَّةِ ﴾

أنه لا يقبل فى ذلك عدل واحد مطلقا . وهو صحيح وهو المذهب

وهو ظاهر ما جزم به فى الوجيز ، والمنور ، والزركشى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

---

(١) عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطينى العطاء . فأقول : أعطه من هو أفقر إليه منى . فقال خذه إذا جاءك من هذا المال شىء ، وأنت غير مشرف ولا سائل فخذه ومالا فلا تتبعه نفسك » متفق عليه .

وقدمه فى الشرح ، والفروع .

وقيل : يقبل واحد عند العدم . وهو قياس قول الخرقى .

وذكر ابن رزين : المخوف عرفا ، أو بقول عدلين .

قوله (فَعَطَايَاهُ كَالْوَصِيَّةِ ، فِى أَنَّهَا لَا تَجُوزُ لِوَارِثٍ . وَلَا تَجُوزُ لِأَجْنَبِىٍّ بِزِيَادَةٍ عَلَى الثُّلُثِ ، إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، مِثْلُ الْهِبَةِ وَالْعِتْقِ وَالْكِتَابَةِ وَالْمُحَابَاةِ) .

يعنى إذا مات من ذلك .

أما إذا عوفى : فهذه العطايا كعطايا الصحيح

تنبيه : تمثيله بالعتق مع غيره : يدل على أنه كغيره فى أنه يعتبر من الثلث .

وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وخرج ابن عقيل ، والحلوانى — من مفلس — رواية هنا بعتقه من كل المال

فائدتان

إحداهما : لو علق صحيح عتق عبده على شرط ، فوجد الشرط فى مرضه .

فالصحيح من المذهب : أن يكون من الثلث

قدمه فى الفروع ، وغيره .

واختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى ، وغيرهما .

وقيل : يكون من كل المال .

وحكاها القاضى فى خلافه روايتين .

ذكره فى القاعدة السابعة عشر بعد المائة .

ومحل الخلاف : إذا لم تكن الصفة واقعة باختيار المعلق . فإن كانت من فعله . فهو من الثلث بغير خلاف .

الثانية المحاباة لغير وارث : من الثلث . كما قال المصنف

لكن لو حابا في الكتابة : جاز ، وكان من رأس المال . على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع

وذكره القاضي في موضع من كلامه . وأبو الخطاب في رءوس المسائل .

قال الحارثي : هذا مذهب عند جماعة . منهم القاضي أبو الحسين ، وأبو علي الصغير ، والمجد . وهو أصح . انتهى .

وقيل : من الثلث .

اختاره المصنف هنا ، والقاضي في المجرد ، وأبو الخطاب في الهداية ، والسامري في المستوعب .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

واختلف فيها كلام أبي الخطاب

وكذا حكم وصيته بكتابته . وإطلاقه يقتضي أن تكون قيمته .

قوله (فَأَمَّا الأَمْرَاضُ الْمُمْتَدَّةُ كَالسِّلِّ ، وَالْجُذَامِ ، وَالْقَوَالِجُ فِي دَوَامِهِ . فَإِنْ صَارَ صَاحِبُهُ صَاحِبَ فِرَاشٍ ، فَهِيَ مَخُوفَةٌ) بلا نزاع . (وَإِلاَّ فَلاَ) .

يعني وإن لم يصر صاحبها صاحب فراش ، فعطاياه كعطايا الصحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وصححه الزركشي ، وغيره .

وقال أبو بكر في الشافي : فيه وجه آخر أن عطيته من الثلث . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى .

قوله ﴿ وَمَنْ كَانَ بَيْنَ الصَّفَّيْنِ عِنْدَ الْتِحَامِ الْحَرْبِ ، وَفِي لُجَّةِ الْبَحْرِ عِنْدَ هَيَجَانِهِ ، أَوْ وَقَعَ الطَّاعُونُ فِي بَلَدِهِ ، أَوْ قُدِّمَ لِيُقْتَصَّ مِنْهُ وَالْحَامِلُ عِنْدَ الْمَخَاضِ : فَهُوَ كَالْمَرِيضِ ﴾ .

يعنى المريض المرض المخوف . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب فى الجملة .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره من الأصحاب

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : عن الإمام أحمد رحمه الله مايدل على أن عطايا هؤلاء من الثلث كله

وذكر كثير من الأصحاب هذه الرواية من غير صيغة تمريض .

وقال الشارح ، وغيره ويحتمل أن الطاعون إذا وقع ببلده ؛ أنه ليس بمخوف فيه ليس بمريض ، وإنما يخاف المرض . وما هو ببعيد .

وقال القاضى فى المجرد : إن كان العاجز من الولى الاقتصاص : فمخوف .

وإن كان العاجز منه العفو : فغير مخوف .

تنبيه : قوله ﴿ وَمَنْ كَانَ بَيْنَ الصَّفَّيْنِ عِنْدَ الْتِحَامِ الْحَرْبِ ﴾

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق ، وغيرهم : إذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل واحدة منهما مكافئة للأخرى أو مقهورة فأما القاهرة منهما فحكمها حكم ظهورها : فليست خائفة

قوله ﴿ قَالَ الْخِرَقِيُّ . وَكَذَلِكَ الْحَامِلُ إِذَا صَارَ لَهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ ﴾ .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وقدمه الخرقى ، وقال : هذا المذهب انتهى

والمذهب الأول عند الأصحاب ونص عليه .

ولو قال المصنف ، وقال الخرقى ، لكان أولى

وعنه : إذا أثقلت الحامل كان مخوفاً ، وإلا فلا .

قال فى الرعاية : وعند ثقل الحمل ، وعند الطلق .

قوله ﴿ وَالْحَامِلُ عِنْدَ المَخَاضِ ﴾ .

يعنى : حتى تنجو من نفاسها ، بلا نزاع .

قيل : سواء كان بها ألم فى هذه المدة أو لا .

قدمه فى الفروع ، والفائق ، والرعاية الكبرى .

وهو ظاهر كلامه فى الصغرى ، والحاوى الصغير .

قال الحارثى : وهو المنصوص .

وقيل : إنما يكون محوفاً فى هذه المدة إذا كان بها ألم

قال فى الفروع : هذا أشهر .

قال فى الكافى : ومن وصمت ، وبقيت معها الشيمة ، أو حصل مرض ، أو ضربان ، فمخوف ، وإلا فلا .

قال الحارثى : الأقوى أنه إن لم يكن وجع فغير مخوف . واختاره المصنف

فوائد

منها : حكم السقط ، حكم ولد الدم . قاله المصنف فى المغنى ، وغيره

قال فى الرعاية الكبرى : وإن ولدت ضنيناً ، أو بقى مرض ، أو وجع وضربان شديد ، أورأت دماً كثيراً ، أو مات ولد معها ، أو قتل ـ وقيل : أو أسقطت ولداً ميتاً ـ فهو مخوف . انتهى

وإن وصمت مضغة فقطعها كقطع الصحيح على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع .

قال فى المغنى ، والشرح : قطعها كقطع الصحيح إلا مع ألم

قال فى الرعاية الكبرى ـ بعد أن قدم قطعها كقطع الصحيح ـ وقيل : أو وصمت مضغة ، أو علقة ، مع ألم أو مرض .

وقيل : لا حكم لها بلا ألم ولا مرض

ومنها : حكم من حبس للقتل حكم من قدم ليقتص منه

ومنها : الأسير . فإن كان عادتهم القتل : فحكمه حكم من قدم ليقتص منه على الصحيح من المذهب

وعنه : عطاياه من كل مال .

وإن لم تكن عادتهم القتل فعطاياه من كل المال على الصحيح من المذهب

وعنه : من الثلث نص عليه .

واختاره أبو بكر . وتأولها القاضي على من عادتهم القتل

ومنها : لو جرح جرحاً موحياً : فهو كالمريض مع ثبات عقله وفهمه . على الصحيح من المذهب .

جزم به في الفائق وغيره . وقدمه في الفروع وغيره .

وقال في الرعاية : إن فسد عقله ـ وقيل : أو لا ـ لم تصح وصيته .

ومنها : حكم من ذُبح أو أبينت حشوته ـ وهي أمعاؤه ـ لا حرقها وقطعها فقط . ذكره المصنف ـ وغيره : حكم الميت .

ذكره المصنف ، وغيره في الحركة في الطفل ، وفي الجناية .

قال الحارثي : ذكره الأصحاب .

وقال المصنف هنا : لا حكم لعطيته ولا لكلامه .

قال في الفروع : ومراده أنه كميت

وذكر المصنف أيضا في فتاويه : إن خرجت حشوته ولم تبن ، ثم مات ولده : ورثه .

وإن أبينت ، فالظاهر أنه يرثه . لأن الموت زهوق النفس وخروج الروح . ولم يوجد . ولأن الطفل يرث ويورث بمجرد استهلاله . وإن كان لا يدل على حياة أثبت من حياة هذا . انتهى .

قال فى الفروع : وظاهر هذا من الشيخ : أن من ذُبح ليس كميت ، مع بقاء روحه . انتهى .

قال فى الرعاية : ومن ذبح أو أبيست حشوته : فقوله نمو .

وإن خرجت حشوته ، أو اشتد مرضه وعقله ثابت ـ كعمر ، وعلى رضى الله عنهما ـ صح تصرفه وتبرعه ووصيته .

قوله ﴿ وَإِنْ عَجَزَ الثُّلُثُ عَنِ التَّبَرُّعَاتِ الْمُنَجَّزَةِ : بُدِئَ بِالأَوَّلِ فَالأَوَّلِ ﴾ .

هذا المذهب وعليه الأصحاب .

وعنه يقدم العتق

وعنه يقسم بين الكل بالحصص ، كالوصايا . وهو وجه فى المحرر .

قال الحارثى : وليس بشىء .

قوله ﴿ فَإِنْ تساوتْ : قُسِّمَ بَيْنَ الْجَمِيعِ بِالْحِصَصِ ﴾ .

إن لم يكن فيها عتق ، ووقعت دفعة واحدة : قسم الثلث بينهم بالحصص بلا نزاع

وإن كان فيها عتق : فكذلك . على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم

وقال الحارثى فى العتق : يقرع بينهم . فيكمل العتق فى بعضهم ، كما فى حال الوصية .

وعنه يقدم العتق قدمه فى الهداية ، والمستوعب وأطلقهما فى المذهب ، والشرح .

قوله ﴿ وَأَمَّا مُعَاوَضَةُ الْمَرِيضِ بِثَمَنِ الْمِثْلِ : فَتَصِحُّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَإِنْ كَانَتْ مَعَ وَارِثٍ ﴾ .

إن كانت المعاوضة فى المرض ـ مع غير الوارث ـ بثمن المثل . صحت من رأس المال بلا نزاع .

وإن كانت مع وارث ـ والحالة هذه ـ فكذلك على الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب .

وحرم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والحارثى ، وغيرهم

ويحتمل أن لا يصح لوارث . لأنه خصه بعين المال وهو لأبى الخطاب فى الهداية فى الوصية .

قال فى الفروع : وعنه تصح مع وارث بإجازة

واختاره فى الانتصار ، فى مسألة إقرار المريض لوارث بدين

فائدة : لو قضى بعض الغرماء دينه ـ وتركته بقية دينه ـ صح . على الصحيح من المذهب نص عليه .

وقدمه فى المستوعب ، والرعايتين والحاوى الصغير ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة .

قال فى الفروع : ونصه يصح مصفى . وصححه فى النظم

وقال أبو الخطاب ، وابن البنا : لا يصح إلا قضاؤهم بسنة إذا ضاق ماله .

ذكره فى المستوعب .

قوله (وَإِنْ حَابَى وَارِثَهُ ، فَقَالَ القَاضِى : يَبْطُلُ فِى قَدْرِ مَا حَابَاهُ ، وَيَصِحُّ فِيمَا عَدَاهُ)

وهو الصحيح من المذهب .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والحارثى وقال : وهذا المذهب .

وصححه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : لايصح البيع مطلقاً . اختاره فى المحرر

وعنه : يدفع قسمة باقيه ، أو يفسخ البيع

قال الحارثى : وبنى — فى باب الوصايا — أن الأشهر للأصحاب : انتهاء العهود عند عدم الإجارة . فيعيد ما قال هنا — من البطلان — بعدم الإجازة انتهى

وبنى فى آخر فصل « وعتق فى العطية الوصية » حكم ما إذا حابى أجنبى .

قوله ﴿ وإنْ باعَ المريضُ أجْنبيًّا ، وحَابَاهُ — وكانَ شفيعُهُ وَارِثًا — فلهُ الأخْذُ بالشُّفْعَةِ . لأنَّ المُحَابَاةَ لغَيْرِهِ ﴾ .

وهذا المذهب . جزم به فى المحرر ، والوجيز ، وشرح ابن منجا

قال فى الفروع : أحد شفيعه الوارث له شفعة فى الأصح .

وقدمه فى الشرح ، والمغنى ، والحارثى ، وقال : هذا الأشهر

وقيل : لا يملك الوارث الشفعة هنا

وهو احتمال فى المغنى ، والشرح

قال الحارثى ، والمعنى فى الشفعة وجه لاشفعة له

قوله ﴿ ويُعْتَبرُ الثُّلثُ عندَ الموْتِ ، فلوْ أعْتقَ عبْدًا لا يَمْلكُ غيْرهُ ثُمَّ مَلكَ مَالاً يخْرُجُ منْ ثُلثِهِ : تبيَّنا أنَّهُ عتقَ كُلُّهُ ، وإنْ صارَ عليْهِ دَيْنٌ يسْتَغْرِقُهُ لمْ يَعْتِقْ منْهُ شيْءٌ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم

قال الحارثى : فى اعتبار الثلث فى الوصية من الوصية — خلاف فيجرى مثله فى العطية . على القول به ، وأولى

قال : وهذا الوجه أظهر .

قال : ومن الأصحاب من أورد رواية ، أو وجهاً : يعتق ثلث العبد فيما إذا كان عليه دين يستغرق العبد .

فائدة : قوله ﴿ وَتُفَارِقُ العَطِيَّةُ الوَصِيَّةَ فِي أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ :

أَحَدُهَا : أَنَّهُ يُبْدَأُ بِالأَوَّلِ فَالأَوَّلِ مِنْهَا . وَالوَصَايَا يُسَوَّى بَيْنَ المُتَقَدِّمِ وَالمُتَأَخِّرِ مِنْهَا ﴾ .

هذا صحيح . لكن لو اجتمعت العطية والوصية ، وضاق الثلث عنهما ، فالصحيح من المذهب . أن العطية تقدم وعليه الأصحاب .

وجزم به في المغني ، والشرح ، والنظم ، وغيرهم

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وصححه في المحرر ، وغيره .

وعنه : التساوي . قدمه في المحرر لكن صحح الأول ، كما قدم

وعنه : يقدم العتق .

قال في الرعاية الكبرى ، قلت : إن كانت الوصية فقط مما يخرج من أصل المال : قدمت وأخرجت العطية من ثلث الباقي .

فإن أعتق عبده ولم يخرج من الثلث ، فقال الورثة : أعتقه في مرضه . وقال العبد : بل في صحته : صُدق الورثة . انتهى .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ مَرِيضٌ قَفِيزاً لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ يُسَاوِي ثَلَاثِينَ بِقَفِيزٍ يُسَاوِي عَشَرَةً فَأَسْقِطْ قِيمَةَ الرَّدِيءِ مِنْ قِيمَةِ الجَيِّدِ . ثُمَّ انْسُبِ الثُّلُثَ إِلَى البَاقِي وَهُوَ عَشَرَةٌ مِنْ عِشْرِينَ ، تَجِدْهُ نِصْفَهَا فَيَصِحُّ البَيْعُ فِي نِصْفِ الجَيِّدِ بِنِصْفِ الرَّدِيءِ ، وَيَبْطُلُ فِيمَا بَقِيَ ﴾ وهذا بلا نزاع .

وإن شئت في عملها أيضاً فانسب ثلث الأكثر من المحاباة فيصح البيع فيهما بالنسبة ـ وهو هنا نصف الجيد ـ بنصف الردي .

وإن شئت فاضرب ما جاباه في ثلاثة : يبلغ ستين . ثم أنسب قيمة الجيد إليه ، فهو نصفها فيصح بيع نصف الجيد بنصف الردىء .

وإن شئت فقل : قدر المحاباة الثلثان ، ومخرجهما ثلاثة . فخذ للمشترى سهمين منه . وللورثة أربعة ثم أنسب المخرج إلى الكل بالنصف . فيصح بيع أحدهما بنصف الآخر .

وبالجبر يصح بيع شيء من الأعلى بشيء من الأدنى . قيمته ثلث شيء من الأعلى فتكون المحاباة بثلثي شيء منه فألقها منه فيبقى قفيز إلا ثلثي شيء يعدل مثلي المحاباة منه وهو شيء وثلث شيء . فإذا جبرت وقابلت عدل شيئين . فالشيء نصف قفيز

وإنما فعل هذا لئلا يفضي إلى ربا الفضل

فلو كان لا يحصل في ذلك ربا مثل ما لو باعه عبداً يساوي ثلاثين — لا يملك غيره — بعشرة . ولم تجز الورثة . فالصحيح من المذهب : صحة بيع ثلثه بالعشرة ، والثلثان كالهبة . فيرد الأجنبي نصفهما . وهو عشرة . ويأخذ عشرة بالمحاباة لنسبتها من قيمته

قدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع

قال الحارثي : اختاره القاضي ، ومن وافقه .

وعنه : يصح في نصفه بنصف ثمنه ، كالأولى . لنسبة الثلث من المحاباة . فصح بقدر النسبة ولا شيء للمشترى سوى الخيار .

اختاره في المغني ، والمحرر

ولك عملها بالجبر ، فتقول : يصح البيع في شيء بثلث شيء . فيبقى العبد إلا ثلثي شيء ، يعدله شيئاً وثلثاً . فأجبر وقابل ، يبقى عبد يعدل شيئين . فالشيء نصفه فيصح بيع نصف العبد بنصف الثمن

لأن المسألة تدور بأن ما بعد البيع فيه خارج من التركة . وما فاته من الثمن داخل فيها

ومعلوم أن ما يفقد فيه البيع يزيد بقدر زيادة التركة . وينقص بقدر نقصها ، وتزيد التركة بقدر زيادة المعجل الداخل . وينقص المقابل بقدر زيادة المبيع . وذلك دور .

وعنه : يصح البيع ، ويدفع بقية قيمته عشرة ، أو يصح .

قال الحارثي : وهو ضعيف . وأطلقهن

على المذهب : لو كانت المحاباة مع وارث : صح البيع - على الأصح - في ثلثه ولا محاباة

وعلى الرواية الثالثة : يدفع بقية قيمته عشرين ، أو يصح

وإذا أفضى إلى إقالة فزيادة . أو زيادة فصل . تعينت الرواية الوسطى . كالمسألة التي ذكرت أولا ، أو نحوها .

قوله ﴿ وإن أصدق امرأة عشرة لا مال له غيرها . وصداق مثلها خمسة . فماتت قبله ثم مات : فلها بالصداق خمسة وشيء بالمحاباة . رجع إليه نصف ذلك بموتها . صار له سبعة ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين ، أجبرها بنصف شيء ، وقابل بخرج الشيء ثلاثة . فمورثته ستة . ولورثتها أربعة ﴾ .

وهذا بلا نزاع

وقوله ﴿ وإن مات قبلها ورثته وسقطت المحاباة . نص عليه ﴾ .

وهذا الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقدمه في المغني ، والشرح ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والزركشي ، والحاوي الصغير . وصححه الناظم .

وعنه ﴿ يُعْتَبَرُ لِلْمُحَابَاةِ مِنَ الثُّلُثِ. قَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ ﴾ .

قال الحارثي : قول أبي بكر « إنه مرجوع عنه » لا دليل عليه من تاريخ ولا غيره .

وفيه وجه : إن ورثته : فوصية لوارث

قال في الفروع : وربما مرض على مهر المثل : من ثلثه نص عليه .

وعنه : لا يستحقها صحيحها من عقيل ، وغيره

قال الإمام أحمد رحمه الله : هي كوصية لوارث

فائدتان

إحداهما : لو وهبها كل ماله . فماتت قبله : فورثته أربعة أخماسه . ولورثتها خمسه .

ويأتي في باب الخلع « إذا حاضها ، أو حايلها ، أو خالته في مرض موتها » .

الثانية : قال في الانتصار : له لبس الناعم وأكل الطيب لحاجته . وإن فعله لتفويت الورثة منع من ذلك . وقاله المصنف ، وتبعه الحارثي .

وفي الانتصار أيضاً : يمنع إلا بقدر حاجته وعادته وسمه أيضاً . لأنه لا يستدرك ، كإتلافه

وجزم به الحلواني في المحيط .

وجزم به غير الحلواني أيضاً ، وابن شهاب .

وقال : لأن حق الورثة لم يتعلق بعين ماله .

قوله ﴿ وَلَوْ مَلَكَ أَبَ عَمِّهِ ، فأقرَّ في مَرَضِهِ : أَنَّهُ أَعْتَقَهُ في صِحَّتِهِ ﴾ عَتَقَ ﴿ ولَمْ يَرِثْهُ . ذَكَرَهُ أَبُو الخَطَّابِ ﴾ والسامري وغيرهما ﴿ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَهُ كَانَ إِقْرَارُهُ لِوَارِثٍ ﴾ .

قال فى الرعاية الكبرى : هذا أقيس . وقدمه فى الشرح .

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه يعتق ويرث وهو المذهب .

قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وهو احتمال فى الشرح .

قال الحارثى . هذا المذهب

فعلى المذهب : يعتق من رأس ماله على الصحيح . نص عليه .

وقيل : من الثلث

فعلى الصحيح المنصوص : لو اشترى ابنه بخمسمائة ، وهو يساوى ألفا فقدر المحاباة : من رأس ماله .

فوائد

الأولى . لو اشترى من يعتق على وارثه : صح . وعتق على وارثه

وإن ورثه عمه : عتق . والمنصوص : لا يرث .

وقيل : يرث .

الثانية : لو قال « أنت حر فى آخر حياتى » عتق .

قال فى الفروع : والأشهر أنه يرث وليس عتقه وصية له فهو وصية لوارث .

الثالثة : لو علق عتق عبده بموت قريبه : لم يرثه . ذكره جماعة . وقدمه فى الفروع

قال القاضى لأنه لا حق له فيه

قال فى الفروع وتتوجه الخلاف

الرابعة : لو علق عتق عبده على شىء ، فوجد وهو مريض : عتق من ثلث ماله . على الصحيح من المذهب

وقيل : من كله .

وتأتى فى آخر كتاب العتق « لو أعتق بعض عبد ، أو دبره فى مرض موته » وأحكام أخر

قوله ﴿ وَكَذَٰلِكَ عَلَى قِيَاسِهِ : لَوِ اشْتَرَى ذَا رَحِمِهِ المحرم فِي مَرَضِهِ ، وَهُوَ وَارِثُهُ ، أَوْ وُصِّيَ لَهُ بِهِ ، أَوْ وُهِبَ لَهُ فَقَبِلَهُ فِي مرضِهِ ﴾ .

يعنى أنه يعتق ولا يرث ، على قول أبى الخطاب ومن تبعه .

قال فى الرعاية ، فيما إذا قبل الهبة أو الوصية . هذا أقيس

﴿ وَقَالَ القاضِي يَرِثُهُ ﴾

وهو المذهب . نص عليه . وصححه الشارح .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : لا يصح الشراء إذا كان عليه دين .

وقيل : يصح الشراء ويباع . ذكره فى الرعاية

فعلى المذهب : إذا ملك من يعتق عليه بهبة أو وصية . فإنهم يعتقون من رأس المال . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال فى الفروع : فمن رأس ماله فى المنصوص .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير

وجزم به فى المحرر ، وغيره . واختاره المصنف ، وغيره

وقيل : من الثلث . ذكره فى الفروع ، والرعاية ، وغيرهما .

قلت : اختاره القاضى ، وابن عقيل . قاله الحارثى

وعلى المذهب أيضاً : لو اشترى من يعتق عليه بالرحم : فإنه يعتق من الثلث على الصحيح من المذهب . نص عليه

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والنظم .

واختاره القاضى ، وابن عقيل

وعنه : يعتق من رأس ماله . اختاره المصنف ، والحارثى ، وغيرهما .

وبرث أيضاً . اختاره جماعة . منهم القاضي ، وابنه ، وأبو الحسين ، وابن بكروس ، والمجد ، والحارثي ، وغيرهم .

قال في المحرر ، وغيره : فإذا أعتقناه من الثلث ، وورثناه . فاشترى مريض أباه شخص لا يملك غيره ، وترك ابنا : عتق ثلث الأب على الميت . وله ولاؤه وورث ثلثه الحر من نفسه ثلث سدس باقيها الموقوف ، ولم يكن لأحد ولاء على هذا الحر . وبقية الثلثين إرث للابن يعتق عليه ، وله ولاؤه

وإذا لم نورثه فولاؤه بين ابنه وبين ابنه أثلاثا

قال في القاعدة الثالثة والخمسين : لو اشترى مريض أباه شخص لا يملك غيره — وهو تسعة دنانير — وقيمة الأب : ستة . فقد حصل منه عطيتان من عطايا المريض : محاباة المبتاع بثلث المال ، وعتق الأب ، إذا قلنا : يعتق من الثلث . وفيه وجهان

أحدهما : — وهو قول القاضي في المجرد ، وابن عقيل في الفصول — يتحاصان .

والثاني : تنفذ المحاباة . ولا يعتق الأب . وهو اختيار صاحب المحرر

قوله (وَلَوْ أَعْتَقَ أَمَتَهُ وَتَزَوَّجَهَا فِي مَرَضِهِ : لَمْ تَرِثْهُ ، عَلَى قِيَاسِ الأَوَّلِ) .

وهو أحد الوجهين .

واختاره ابن شاقلا في تعليقه ، وصاحب التلخيص .

قلت : فيعايى بها ، وبأشباهها مما تقدم . لكونهم ليس فيهم من موانع الإرث شيء ولا يرثون .

وقال القاضي : ترثه . وهو المذهب . نص عليه .

وجزم به في الشرح ، وغيره

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والنظم ، وغيرهم

قال الحارثي : هو المذهب وعليه أكثر الأصحاب منهم القاضي ، وابن عقيل ، والشريف أبو جعفر .

فائدة : عتقه يكون من الثلث إن خرجت من الثلث : عتقت . وصح النكاح وإن لم تخرج : عتق قدره وبطل النكاح لانتفاء شرطه .

قوله ﴿ ولو أعتقها وقيمتها مائة . ثم تزوجها ، وأصدقها مائتين ، لا مال له سواهما ، وهي مهر مثلها . ثم مات : صح العتق . ولم تستحق الصداق ، لئلا يفضي إلى بطلان عتقها . ثم يبطل صداقها ﴾

قال المصنف : هذا أولى .

وقال القاضي : يستحق المائتين ويعتق .

فائدتان

إحداهما : لو تزوج في مرض موته بمهر يزيد على مهر المثل . ففي المحاباة روايتان

إحداهما هي موقوفة على إجازة الورثة . لأنه عطية لوارث .

والثانية : تعتبر من الثلث نقله المروذي ، والأثرم ، وصالح ، وابن منصور والفضل بن زياد

عالة في القاعدة السابعة والخمسين .

الثانية لو أصدق مائتين أجنبية ـ وأحالة مذكر ـ صح ، وبطل العتق في ثلثي الأمة . لأن الخروج من الثلث معتبر بحالة الموت .

وهكذا لو تلفت المائتان قبل موته

قوله ﴿ وإن تبرع بثلث ماله . ثم اشترى أباه من الثلثين . فقال القاضي : يصح الشراء ﴾ .

ولا يعتق لأنه حمل الشراء وصية لأن تبرع المريض إنما ينفذ فى الثلث .
ويقدم الأول فالأول .

وحرم بهذا ابن منجا فى شرحه . وهو المذهب .

قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير

وعلى قول من قال « ليس الشراء بوصية » : يعتق الأب ، وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت ، وما بقى فللأب سدسه ، وباقيه للابن وأطلقهما فى الشرح .

قال الحارثى — فى هذه المسألة — قال الأصحاب : يصح الشراء . وهل يعتق ويرث ؟ .

إن قيل : يعتق ذى الرحم المحرم من الثلث : فلا عتق ولا إرث

وإن قيل يعتقه من رأس المال : عتق وبعد التبرع من ثلث مال وكذا فيما زاد .

كتاب الوصايا

قوله ﴿ وَهِيَ الْأَمْرُ بِالتَّصَرُّفِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَالِ : هِيَ التَّبَرُّعُ بِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ ﴾

هذا الحد هو الصحيح . جزم به فى الوجيز وغيره .

وصححه فى الشرح ، وغيره .

وقدمه فى المستوعب ، وغيره .

وقال أبو الخطاب : هى التبرع عن نفسه بعوده على خروجه من الثلث .

فعلى قوله تكون العطية فى مرض الموت وصية . والصحيح خلافه .

قال فى المستوعب : وفى حده اختلاف من وجوه

أحدها : أنه يدخل فيه تبرعه بهباته وعطاياه المنجزة فى مرض موته . وذلك لا يسمى وصية

ويخرج منه : وصية من زاد على الثلث فإنها وصية صحيحة موقوفة على إجازة الورثة .

ويخرج منه أيضاً : وصية بفعل العبادات ، وقضاء الواجبات ، والنظر فى أمر الأصاغر من أولاده ، وتزويج بناته ، ونحو ذلك .

تنبيه : قوله ﴿ وتصِحُّ مِن الْبالِغ الرَّشِيدِ ، عَدْلاً كَانَ أَوْ فَاسِقًا ، رَجُلاً أَوِ امْرَأَةً ، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا ﴾ .

هذا صحيح بلا نزاع فى الجملة .

وقد شمل العبد . وهو صحيح . ذكره الأصحاب . منهم المصنف ، وغيره .

فإن كان فيما عدا المال : فصحيح .

وإن كان فى المال فإن مات قبل العتق : فلا وصية على المذهب . لانتفاء ملكه .

وإن قيل بملك بالتمليك : صحت . ذكره بعض الأصحاب .

والمكاتب والمدبر وأم الولد كالقن

وشمل كلامه أيضاً : المحجور عليه بفلس . فتصح حتى لو كانت الوصية بعين من ماله . لأنه قد يتحول ما بقى من الدين فلا تتعين المال الأول إذن للغرماء .

وإن مات قبل ذلك لغت الوصية

قال فى الكافى وغيره : هذا إذا لم يعين الموت

فأما إذا عاين الموت : لم تصح وصيته لأن الوصية قول ولا قول له ، والحالة هذه .

وتقدم فى آخر الباب الذى قبله قبل قوله « والحمل عند المخاض » ما يتعلق بذلك ، فليراجع .

قوله « مسلماً كان أو كافراً » تصح وصية مسلم بلا نزاع .

وكذا تصح وصية الكافر مطلقاً على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لا تصح من مرتد .

وأطلق الوجهين فى الرعايتين ، والحاوى الصغير

تنبيه : شمل كلام المصنف صحة وصية العبد وهو صحيح . صرح به المصنف وغيره من الأصحاب فيعتد فيما عدا المال .

وأم ولد : إن مات قبل العتق ، فلا وصية على المذهب .

وإن قيل . بملك صحت . ذكره بعض الأصحاب . نقله الحارثى .

فلت وهو ضعيف

وإن مات بعد العتق . نفذت بلا خلاف .

والمكاتب والمدبر وأم الولد كالقن .

وقال : متى عتقت ثم مات فثلثى المال . نقله عنه الحارثى .

قوله ﴿ وَمِنَ السَّفِيهِ فِي أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وصححه فى الفائق ، والحاوى وغيرهما

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

والوجه الثانى : لاتصح منه حكاه أبو الخطاب .

وذكر المجد فى شرحه : أنه المنصوص .

قلت : وهو ضعيف .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير

تنبيه : محل الخلاف : فيما إذا أوصى بمال .

أما وصيته على أولاده فلا تصح قولا واحداً لأنه لا يملك التصرف بنفسه . فوصيته أحرى وأولى فيه فى المقنع

قلت ظاهر كلام كثير من الأصحاب — فى باب الموصى إليه — صحة وصيته بذلك وهو أولى بالصحة من الوصية بالمال

والظاهر : أن الذى حمله على ذلك تعليل الأصحاب بكونه محجوراً عليه فى تصرفاته ، أو لكونه محتاجاً إلى الثواب ، وتصرفه فى هذه تحض مصلحة من غير ضرر . لأنه إن عاش ، يذهب من ماله شئ .

ولا يلزم من ذلك أن الوصية من أولاده لا تصح

اللهم إلا أن يكون فى ماله قل جدا

قوله ﴿ وَمِنَ الصَّبِيِّ العَاقِلِ إِذَا جَاوَزَ العَشْرَ ﴾ .

إذا جاوز الصبى العشر صحت وصيته على الصحيح من المذهب نص عليه فى رواية الجماعة ، وعليه الأصحاب .

حتى قال أبو بكر : لايختلف المذهب : أن من له عشر سنين تصح وصيته . انتهى .

وعنه : تصح إذا بلغ اثنى عشرة سنة . نقلها ابن المنذر .

ونقل الأثرم : لاتصح من ابن اثنى عشرة سنة . فلم يطلع أبو بكر على ذلك .

وقيل : لاتصح حتى يبلغ[1] . وهو احتمال فى الكافى

قوله ﴿ ولا تَصِحُّ مِمَّنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ ﴾ .

يعنى . ممن لم يميز ، على ماتقدم فى كتاب الصلاة .

﴿ وفيما بَيْنَهُمَا روايتان ﴾ يعنى : فيما بين السبع والعشر .

وأطلقهما أبو بكر عبد العزيز ، وصاحب المستوعب ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وتجريد العناية .

إحداهما : لاتصح . وهو ظاهر كلام الخرقى ، وصاحب الوجيز وصححه فى التصحيح .

قال ابن أبى موسى : لاتصح وصية الغلام لدون عشر ، ولا إجازته . قولا واحداً . واختاره أبو بكر .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والنظم . وشرح ابن رزين .

وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأدمى

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقال فى القواعد الأصولية : هذا المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله

قال الخارقى : هذا الأشهر عنه .

والرواية الثانية : تصح . وهو المذهب .

وقال القاضى ، وأبو الخطاب : تصح وصية الصبى إذا عقل

قال المصنف فى العمدة : وتصح الوصية من الصبى إذا عقل .

(١) ضاع من هـ ورقتان من نسخة المصنف .

وجزم به فى التسهيل . وصححه فى الخلاصة .

وقدمه فى الكافى ، والمذهب ، وإدراك الغاية .

قال الحارثى : لم أجد هذه منصوصة عن الإمام أحمد رحمه الله .

وقيل : تصح وصية من تسع اختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى .

وقيل : تصح لتسع منهم

قوله ﴿ وَفِى السُّكْرَانِ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير

أحدهما : لا تصح . وهو الصحيح من المذهب صححه فى التصحيح ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ، والفائق ، والحارثى .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الكافى ، وغيره .

والوجه الثانى : تصح وصيته .

ويأتى فى أول كتاب الطلاق : أن فى أقوال السكران وأفعاله خمس روايات ، أو ستاً .

قوله ﴿ وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ مَنِ اعْتُقِلَ لِسَانُهُ بِهَا ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى ، وابن عقيل

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وعنه : الوقف ويحتمل أن تصح .

يعنى إذا اتصل بالموت ، وفهمت إشارته .

ذكره ابن عقيل ، وأبو الخطاب فى الهداية . واختاره فى الخلاف

قلت : وهو الصواب .

قال الخرقى : وهو الأولى .

واستدل له بحديث « رَضَّ اليهوديَّ رأس الجارية وإلقائها بين » .

قوله ﴿ وَإِنْ وُجِدَتْ وَصِيَّةٌ بِخَطِّهِ : صَحَّتْ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً .

قال الزركشى : نص عليه الإمام أحمد رحمه الله واعتمده الأصحاب . وقاله الخرقى .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم .

وقال القاضى فى شرح المختصر : ثبوت الخط يتوقف على معاينة البينة أو الحاكم لعمل الكتابة لأن الكتابة عمل . والشهادة على العمل طريقها الرواية . نقله الخارقى .

و يحتمل أن لا تصح حتى يشهد عليها .

وقد خرج ابن عقيل ، ومن بعده : رواية بهذه الصحة أخذاً من قول الإمام أحمد رحمه الله فيمن كتب وصيته وختمها . وقال « اشهدوا بما فيها » أنه لا تصح . أى شهادتهم على ذلك .

فنص الإمام أحمد فى الأولى : بالصحة . وفى الثانية : بعدمها ، حتى يسمعوا ما فيه ، أو يقرأ عليه فيقر بما فيه

فخرج جماعة ـ منهم : المجد فى محرره ، وغيره ـ فى كل منهما روايتان من الأخرى

وقد خرج المصنف ـ فى باب كتاب القاضى إلى القاضى ـ من الأولى فى الثانية وقال هنا « يحتمل أن لا يصح حتى يشهد عليه » فهو كالتخريج من الثانية فى الأولى

والصحيح من المذهب : التفرقة .

تصح فى الأولى ، ولا تصح فى الثانية . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : تصح فى الثانية أيضاً اختاره المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق .

وتأتى الخلاف فى كلام المصنف ، فى باب حكم كتاب القاضى إلى القاضى .

تنبيه : معنى قول الإمام أحمد رحمه الله ـ فيمن كتب وصيته وختمها وقال « اشهدوا على فيها » ـ أنه لا تصح أى لا تصح شهادتهم على ذلك .

قلت ـ العمل عليه فى هذه الوصية ، لحيث عدم خطه ـ إما بإقرار ، أو بينة ـ فإنه يعمل بها كالأولى . بل هى من أفراد العمل بالخط فى الوصية .

نبه على ذلك شيخنا فى حواشى الفروع . وهو واضح .

قلت : فى كلام الزركشى إيماء إلى ذلك .

فإنه قال : وقد يفرق بأن شرط الشهادة : العلم . وفى الوصية ـ والحال هذه ـ غير معلوم

أما لو وقعت الوصية ، على أنه لو وصى : فليس فى نص الإمام أحمد رحمه الله تعالى مايمنعه .

ثم بعد ذلك يعمل بالخط بشرطه انتهى

قوله (وَالوَصِيَّةُ مُسْتَحَبَّةٌ) .

هذا المذهب فى الجملة . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه : تجب لقريب غير وارث اختاره أبو بكر .

ونقل فى النصرة عن أبى بكر وجوبها للمساكين ، ووجوه البر .

قوله (لِمَنْ تَرَكَ خَيْرًا . وَهُوَ المَالُ الكَثِيرُ)

يعنى : فى عرف الناس ، على الصحيح من المذهب

قدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقطع به ابن عبدوس فى تذكرته

وقال المصنف : والذى يقوى عندى : أنه متى كان المتروك لايفصل عن غنى الورثة : لاتستحب الوصية . واختاره فى الفائق .

وقيل : هو من كان له أكثر من ثلاثة آلاف .

وهو ظاهر ماجزم به فى المستوعب

وقال فى الوجيز : نفس لمن ترك ورثة وألف درهم فصاعدا ، لا دونها . وقاله أبو الخطاب ، وغيره

قاعدة : المتوسط فى المال : هو المعروف فى عرف الناس بذلك . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية الصغرى . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل المتوسط : من له ثلاثة آلاف درهم . والفقير : من له دونها .

وجزم جماعة من الأصحاب : أن المتوسط من ملك من ألف إلى ثلاثة آلاف .

ومنهم : صاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وقيل : الفقير من له دون ألف . ونقله ابن منصور .

قال فى الفروع : قال أصحابنا : هو فقير .

قوله (بِخُمْسِ مَالِهِ) .

يعنى : يستحب من ترك خيراً : الوصية بخمس ماله .

وهذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وشرح ابن منجا ، والشرح .

وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وقال الناظم : يستحب لمن له مال كثير ، ووارثه غنى : الوصية بخمس ماله .

وقيل : بثلث ماله عند كثرته اختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل .

قاله فى الفائق .

قال جدى وهو المنصوص

وقال فى الإقصاح : تسن الوصية بدون الثلث

وقال في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، وغيرهم: يستحب للغني الوصية بثلث ماله، والمتوسط بالخمس.

ونقل أبو طالب: إن لم يكن له مال كثير - ألفان أو ثلاثة - أوصى بالخمس، ولم يضيق على ورثته، وإن كان له مال كثير: فالربع، أو الثلث.

وأطلق[1] في الغنية: استحباب الوصية بالثلث لقريب فقير، فإن كان القريب غنياً فللمساكين، وعالماً ودين قطعه عن السبب القدر، وضيق عليهم لوزع الحركة فيه. وانقلب السبب عندهم فتركوه، ووقفوا بالحق. انتهى.

وكذا قيد المصنف في المغني: استحباب الوصية بالثلث لقريب فقير.

قال في الفروع: مع أن دليله عام.

قوله ﴿ وَيُكْرَهُ لِغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ ﴾.

أي: تكره الوصية لغير من ترك خيراً.

فتكره للفقير الوصية مطلقاً، على الصحيح من المذهب.

نقل ابن منصور: لا يوصي بشيء.

قال في الوجيز: لا يسن لمن ترك أقل من ألف درهم. وقدمه في الفروع.

وقيل: تكره إذا كان ورثته محتاجين، وإلا فلا.

قال في التبصرة: رواه ابن منصور، وقاله في المغني، وغيره.

وجزم به في الرعايتين، والنظم، والوجيز، والفائق، والحاوي الصغير، والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة.

قلت: وهو الصواب.

وتقدم إطلاقه في الغنية استحباب الوصية بالثلث.

وتقدم ما اختاره المصنف.

---

(١) انتهت إلى هنا الورقتان الضائعة من نسخة المصنف.

قوله ﴿ فَأَمَّا مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ : فَتَجُوزُ وَصِيَّتُهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ ﴾

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم أبو بكر ، والقاضي ، والشريف وأبو الخطاب ، والشيرازي ، والمصنف ، وغيرهم وحرم به في الوجيز وغيره .

وقدمه في الفروع ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والمائق ، وغيرهم . وصححه في النظم ، وغيره .

وعنه : لا تجوز إلا بالثلث . نص عليه في رواية ابن منصور .

قال أبو الخطاب في الانتصار : هذه الرواية صريحة في منع الرد ، وتوريث ذوي الأرحام

وأضافه في الهداية ، والمستوعب

وقيل تجوز له كله إذا كان وارثه ذا رحم .

قال الشارح وهو ظاهر كلام الخرقي

وأطلق في المائق — في ذوي الأرحام — وجهين

قال في القاعدة التاسعة والأربعين بعد المائة . بناهما بعض الأصحاب على أن الحق لغير معين .

وبناهما القاضي على أن بيت المال . هل هو جهة ومصلحة . أو وارث ؟

فإن قيل هو جهة ومصلحة : جازت الوصية بجميع ماله .

وإن قيل . هو وارث . فلا تجوز إلا بالثلث وتابعه في الفروع ، وغيره .

ويأتي الكلام في ذلك مستوفى في آخر باب أصول المسائل .

فعلى المذهب . لو مات وترك زوجاً ، أو زوجة لا غير ، وأوصى بجميع ماله ورد . بطلت في قدر فرضه من الثلثين . فيأخذ الموصى له الثلث . ثم يأخذ أحد الزوجين فرضه من الباقي وهو الثلث . فيأخذ الربع ، إن كان زوجة . ويأخذ النصف ، إن كان زوجاً . ثم يأخذ الموصى له الباقي من الثلثين وهذا هو الصحيح من المذهب

اختاره الشارح ، وصاحب الفائق .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

وجزم به فى المحرر ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقيل : لا يأخذ الموصى له مع أحد الزوجين سوى الثلث

وقدمه فى الشرح ، والفائق .

قلت : هو ظاهر كلام المصنف ، وصاحب الوجيز ، وغيرهما . حيث قالوا : ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو كان الوارث واحداً من أهل الفروض — وقلنا : بعدم الرد — قاله فى الرعاية وغيرها .

الثانية : لو أوصى أحد الزوجين للآخر . فله على الرواية الأولى : المال كله إرثا ووصية . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا تصح .

وله على الرواية الثانية . الثلث بالوصية . ثم فرضه من الباقى والبقية لبيت المال

قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ لِمَنْ لَهُ وَارِثٌ الوَصِيَّةُ بِزِيَادَةٍ عَلَى الثُّلُثِ لِأَجْنَبِيٍّ ، وَلَا لِوَارِثِهِ بِشَيْءٍ إِلَّا بِإِجَازَةِ الوَرَثَةِ ﴾ .

يحرم عليه فعل ذلك ، على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، وشرح ابن منجا ، وابن رزين فى شرحه ، وصاحب عبدوس ، وغيرهم

وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وقيل : يكره له ذلك .

قال فى الفروع ، وقال فى التبصرة : يكره .

قلت : وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وغيرهم

وجزم به فى الرعاية الكبرى فى الثانية . وقدمه فى الأولى

وعنه : تكره فى صحته من كل ماله . نقله حنبل .

قلت : الأولى الكراهة .

ولو قيل بالإباحة لكان له وجه .

قوله ﴿ إلاَّ بإجَارَةِ الْوَرَثَةِ ﴾ .

يعنى : أنها تصح بإجازة الورثة فتكون موقوفة عليها

وهذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب صححه فى الفروع ، وغيره . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، وغيرهم .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال الزركشى : هو المشهور ، والمنصوص فى المذهب .

حتى إن القاضى — فى التعليق — وأبا الخطاب — فى خلافه — والمجد ، وجماعة : لم يحكوا فيه خلافا .

وعنه : الوصية باطلة ، وإن أجازها الورثة ، إلا أن يعطوه عطية مبتدأة . واختاره بعض الأصحاب .

وهو وجه فى الفائق فى الأجنبى ، ورواية فى الوارث

تنبيه : يستثنى من كلام المصنف : إذا أوصى بثلثه يكون وقفاً على بعض ورثته . فإنه يصح على الصحيح من المذهب ، على ما تقدم فى الهبة .

وفيه قول اختاره المصنف عدم الصحة

فيكون ظاهر كلام المصنف موافقا لما اختاره

قوله ﴿ إلاَّ أنْ يُوصِىَ لِكُلِّ وَارِثٍ بِمُعَيَّنٍ بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ . فَهَلْ تَصِحُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق .

أحدهما : تصح . وهو الصحيح .

قال فى الفروع : وتصح معاوضة مريض بثمن مثله .

وعنه : مع وارث بإجازة المختار فى الانتصار لفوات حقه من المعين .

ثم قال : ومثله وصية لكل وارث بمعين بقدر حقه .

صححه فى التصحيح ، والمذهب .

وقدمه فى المحرر ، وإدراك الغاية ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى . لا تصح إلا بإجازة الورثة صححه فى المذهب ، والنظم .

قوله ﴿ وإنْ لَمْ يَفِ الثُّلُثُ بالوَصَايَا : تحَاصَّوا فيهِ . وأُدْخِلَ النَّقْصُ عَلَى كُلِّ واحِدٍ بِقَدْرِ وَصِيَّتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب

وعنه : يقدم العتق ولو استوعب الثلث .

فيهما : هل يبدأ بالكتابة ، لأنه المقصود به ، أو لأن العتق تعليقاً ليس كالكتابة ؟ فيه وجهان . ذكرهما القاضى ، والمصنف ، والحارثى ، وغيرهم .

قوله ﴿ وإجَازَتُهُمْ تَنْفِيذٌ فِى الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ ﴾ وهو كما قال .

قال فى القواعد الفقهية : أشهر الروايتين : أنها تنفيذ .

قال الزركشى : هذا المشهور والمنصور فى المذهب . وجزم به جماعة . منهم القاضى فى التعليق ، وأبو الخطاب فى خلافه الصغير ، والمجد ، وغيرهم . انتهى .

قال فى الفائق ، وغيره : والإجازة تنفيذ ، فى أصح الروايتين .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال الشارح : لأن ظاهر المذهب أن الوصية للوارث والأجنبى بالزيادة على الثلث صحيحة ، موقوفة على إجازة الورثة

فعلى هذا : تكون إجارتهم تنفيذاً ، و إجارة محضة . يكفى فيها قول الوارث « أجرت » أو « أمضيت » أو « نفذت » انتهى .

وعنه : ما يدل على أن الإجارة هبة مبتدأة

قال فى الفروع : وخصها فى الانتصار بالوارث .

قال الشارح ، وقال بعض أصحاب : الوصية باطلة .

فعلى هذا : تكون هبة انتهى . وأطلقهما أبو الفرج

تنبيهان

أحدهما : قيل هذا الخلاف مبنى على أن الوصية بالزائد على الثلث . هل هى باطلة ، أو موقوفة على الإجازة ، كما تقدم ؟ .

وتقدم كلام الشارح قريباً عن بعض الأصحاب وهو الذى قطع به الزركشى ، وغيره .

وقيل : بل هو مبنى على القول بالوقف .

أما على البطلان : فلا وجه للتنفيذ .

قال فى القواعد : وهذا أشبه .

قلت : وهو الصواب .

الثانى : لهذا الخلاف فوائد كثيرة . ذكرها ابن رجب فى قواعده ، وغيره من الأصحاب

منها : على المذهب . لا يفتقر إلى شروط الهبة — من الإيجاب والقبول ، والقبض ونحوه — بل يصح بقوله « أجرت » و « أمددت » و « أمضيت » ونحو ذلك .

وعلى الثانية : تفتقر إلى الإيجاب ، والقبول . ذكره ابن عقيل وغيره .

وكلام القاضى يقتضى : أن فى صحتها بلفظ « الإجارة » وجهين

قال المجد : والصحة ظاهر المذهب .

ومنها : لا تثبت أحكام الهبة على المذهب . فلو كان المخبر أبا للمخبر له : لم يكن له الرجوع فيه .

وعلى الثانية : له الرجوع .

ومنها : هل يعتبر أن تكون المخابرة معلوماً للمخبر ؟ .

فى الخلاف للقاضى ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم : هو مبنى على الخلاف .

وطريقة المصنف فى المبنى أن الإجارة لا تصح بالمجهول ولكن هل يصدق فى دعوى الجهالة ؟ على وجهين .

ومن الأصحاب من قال ، إن قلنا : الإجارة تنفيذ : صحت بالمجهول ، ولا رجوع وإن قلنا : هى هبة : فوجهان .

ومنها : لو كان للمخبر عتقاء ، كان الولاء الموصى تختص به عصبته . على المذهب .

وعلى الثانية : الولاء لمن أخبر . ولو كان أنثى .

فائدة : لو كسب الموصَى عتقه بعد الموت ، وقبل الإعتاق : فهو له . على الصحيح من المذهب .

وذكره القاضى ، وابن عقيل ، وصاحب المحرر ، وغيرهم .

وقدمه فى القاعدة الثانية والثمانين .

وقال المصنف فى المغنى ـ فى آخر باب ـ العتق كسبه للورثة ، كأم الولد . انتهى

ولو كان الموصَى عتقه أمة ، فولدت قبل العتق ، وبعد الموت . تبعها الولد كأم الولد . وقدمه فى القواعد ، وقال : هذا هو الظاهر

وقال القاضى فى تعليقه : لا تعتق .

ومنها : لو كان وقفا على المخبرين ، فإن قلنا الإجارة تفسد : صح الوقف ولزم . وإن قلنا هبة : فهو كوقف الإنسان على نفسه .

ومنها : لو حلف لايهب ، فأجار : لم يحنث . على المذهب . وعلى الثانية : يحنث .

ومنها : لو قبل الوصية المقترنة بالإجارة قبل الإجارة ، ثم أجيرت . فهل قبل الإجارة تفيد : فالملك ثابت له من حين قبوله .

وإن قلنا هي هبة : لم يثبت الملك إلا بعد الإجارة . ذكره القاضي في خلافه .

ومنها : أن مجاوز الثلث من الوصايا إذا أجير ، هل يزاحم بالزائد الذي لم يجاوزه ، أولا ؟ مبني على الخلاف .

ذكره في المحرر ، ومن بعده

قال في القواعد : واستشكل توجيهه على الأصحاب . وهو واضح فإنه إذا كان معنا وصيتان . إحداهما : مجاوزة للثلث ، والأخرى : لامجاوزة ـ كنصف وثلث ـ وأجاز الورثة الوصية المجاوزة للثلث خاصة .

فإن قلنا الإجازة تفيد : زاحم صاحب النصف صاحب الثلث بنصف كامل ، فيقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب النصف ثلاثة أخماسه ، وللآخر خمساه . ثم يكمل لصاحب النصف نصفه بالإجازة

وإن قلنا الإجازة ابتداء عطية : فإنما يزاحم بثلث خاص . إذ الزيادة عليه عطية محضة من الورثة . لم تُتلَقَّ من الميت ، فلا يزاحم بها الوصايا فيقسم الثلث[1] بينهما نصفين . ثم يكمل لصاحب النصف تمام بالإجازة ، أي يعطى ثلثا زائدا على السدس الذي أخذه من الوصية .

قال : وهذا مبني على القول بأن الإجازة عطية أو تفيد .

ويفرع على هذا . القولُ بإبطال الوصية بالزائد على الثلث وحدها ، كما سبق .

انتهى

---

(١) في الصورة على نسخة استانبول « النصف »

وقد تكلم القاضي محب الدين بن نصر الله البغدادي على هذه المسألة في كراسة بما لا طائل تحته .

وما قاله ابن رجب : صحيح واضح

وقال الزركشي ، وقد يقال : إن عدم المزاحمة : إنما هو في الثلثين . ولأن الهبة تختص بهما ، والمجيز يُشرك بينهما فيهما

أما الثلث : فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما . انتهى

قلت : الذي يظهر [أن هذا أقوى وأولى وهو موافق لقواعد المذهب ، في أن الثلث يقسم على قدر أنصبائهم مطلقاً .

وقد ذكر المصنف مسائل من ذلك في باب الوصية بالأنصباء والأجزاء ، كما لو أوصى لواحد بثلث ماله ، ولآخر بربعه ، أو له بكل ماله ولآخر بنصفه .

فقد قطع — هو وغيره — أنهم إذا ردوا الزائد على الثلث يكون الثلث على قدر أنصبائهم . . . . . .

الثلث ويأخذ من الثلث بمقدار ما يأخذه لو ردوا .

فعلى هذا : المزاحمة في الثلث بالزائد على . .

البناء الذي ذكره صاحب المحرر وغيره طريقة في المسألة ، وصاحب القواعد إنما . . .

لكن يمكن أن يقال : ليس في كلام المحرر البناء على القول بأنها ابتداء عطية . . .

مسكوت عنه أو يقال . بناؤه على أنه تنفيذ يدل على خلاف ذلك على . . . خلافه ينبني عليه ولذلك قال في شرح المحرر كلامه يقتضي انعكاس .][1]

ومنها : لو أجاز المريض في مرض موته وصية موروثه .

---

(١) ما بين المربعين من نسخة المصنف ، زاده بالهامش . وقد تأكل طرف الورقة في المواضع التي جعلت فيها نقطا .

فإن قلنا إجارته عطية : فهي معتبرة من ثلثه .

وإن قلنا هي تنفيذ : فللأصحاب طريقان .

أصحهما : القطع بأنها من الثلث أيضاً قاله القاضي في خلافه ، والمجد

والطريق الثاني : المسألة على وجهين ، وهي طريقة أبي الخطاب في انتصاره ، وهما مُبَرَّلان على أصل الخلاف في حكم الإجارة .

قال في القواعد : وقد يبرلان على أن الملك هل ينتقل إلى الورثة في الموصى به أم تمنع الوصية الانتقال ؟ وفيه وجهان .

فإن قلنا : تنتقل إليهم . فالإجارة من الثلث . وإلا فهي من رأس ماله

ومنها : إجارة المفلس . قال في المحرر . هي فاسدة . وهو مبرل على القول بالتعجيل . وجزم به في الفروع .

قال في القواعد : ولا يعد على القاضي في التي قبلها أن لا يعد

وقاله المصنف في المغني في الشفعة .

ومنها : إجارة السفيه فاسدة على المذهب . لا على الثانية ذكره في الفروع .

وقال المصنف ، والشارح : لا تصح إجارته مطلقاً . وكذا صاحب الغاية

قوله (وَمَنْ أُوصِيَ لَهُ ـ وَهُوَ فِي الظَّاهِرِ وَارِثٌ ـ فَصَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ غَيْرَ وَارِثٍ صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ . وَإِنْ أُوصِيَ لَهُ ـ وَهُوَ غَيْرُ وَارِثٍ ـ فَصَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ وَارِثًا : بَطَلَتْ . لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ)

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وأكثرهم لم يحك فيه خلافاً . أن الاعتبار في الوصية بحال الموت .

قال في القاعدة السبعة عشر بعد المائة وحكى بعضهم خلافاً ضعيفاً : أن الاعتبار بحال الوصية ، كما حكى أبو بكر ، وأبو الخطاب ، ورواية : أن الوصية في حال

الصحة من رأس المال ولا تصح عن الإمام أحمد رحمه الله . وإنما أراد العطية المنجزة كذلك قال القاضي . انتهى .

وقال في الرعايتين ، وقيل : تبطل الوصية فيهما .

قوله ﴿ وَلَا تَصِحُّ إِجَارَتُهُمْ وَرَدُّهُمْ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي . وَمَا قَبْلَ ذَلِكَ لَا عِبْرَةَ بِهِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم وقدمه في الفروع ، وغيره

وعنه : تصح إجارتهم قبل الموت في مرضه .

خرجها القاضي أبو حازم من إذن الشفيع في الشراء

قال في القاعدة الرابعة : الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ شبهه في موضع بالعفو عن الشفعة . فخرجه المجد في شرحه ، على روايتين .

واختارها صاحب الرعاية ، والشيخ تقي الدين رحمه الله .

قوله ﴿ وَمَنْ أَجَارَ الْوَصِيَّةَ ﴾ يعني : إذا كانت جزءاً مشاعاً .

﴿ ثُمَّ قَالَ : إِنَّمَا أَجَزْتُ لِأَنِّي ظَنَنْتُ الْمَالَ قَلِيلًا : فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَلَهُ الرُّجُوعُ بِمَا زَادَ عَلَى ظَنِّهِ فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب جزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والملخص ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق .

والوجه الثاني : ليس له الرجوع

اختاره أبو الخطاب ، وغيره .

وهو احتمال في الهداية .

وتقدم في الفوائد : هل يشترط أن يكون المحجر معلوماً ؟

تنبيه : قوله (إلا أن تقوم عليه بينة)

يعني تشهد بأنه كان عالماً بزيادته . فلا يقبل قوله .

وكذا لو كان المال ظاهراً لا يخفى عليه ، لا يقبل قوله .

وكلام المصنف ، وغيره — ممن أطلق — مقيد بذلك . وهذا إذا قلنا : الإجارة تمليك .

فأما إذا قلنا هي هبة مبتدأة فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في مثله في الهبة .

وقد تقدم قريباً في الفوائد .

قوله (وإن كان المجاز عينا) وكذا لو كان مبلغاً مقدراً .

(فقال : ظننت باقي المال كثيرا : لم يقبل قوله . في أظهر الوجهين) .

وهذا المذهب . جزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في المغني ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

والوجه الثاني : يقبل قوله .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله ، لو قال : ظننت قيمته ألفاً فبان أكثر : قُبل قوله وليس نقصاً للحكم بصحة الإجارة بينة أو إقرار .

قال : وإن أجر ، وقال أردت أصل الوصية : قبل انتهى

قوله (ولا ينبت الملك للموصى له إلا بالقبول بعد الموت . فأما قبوله وردّه قبل الموت : فلا عبرة به)

اعلم أن حكم قبول الوصية كقبول الهبة على ما تقدم في بابه .

قال الإمام أحمد رحمه الله : الهبة والوصية واحد قاله في الفروع ، والزركشي وغيرهما

وقال فى القواعد الفقهية . نص الإمام أحمد رحمه الله فى مواضع : على أنه لايعتبر للوصية قبول . فيملكه قهراً ، كالميراث .

وهو وجه للأصحاب . حكاه غير واحد . انتهى .

وذكر الحلوانى عن أصحابنا : أنه يملك الوصية بلا قبوله ، كالميراث

وقال فى المغنى ، ومن تبعه : وطؤه الأمة الموصى بها : قبول ، كرجعة ، وبيع خيار .

وقال فى الرعاية ، وقيل : يكفى الفعل قبولا .

وقال فى القاعدة التاسعة والأربعين : واختار القاضى ، وابن عقيل : أنها لاتلزم فى المبهم بدون قبض .

وخرج المصنف ـ فى المغنى ـ وجهاً ثالثاً : أنها لاتلزم بدون القبض ، سواء كان مبهما ، أو لا . كالهبة .

وقال فى القاعدة الخامسة والخمسين : والأظهر أن تصرف الموصى له فى الوصية بعد الموت : قوم مقام القبول لأن سبب الملك قد استقر له استقراراً لايملك إبطاله . واقتصر عليه .

فائدة : لايصح بيع الموصى به قبل قبوله من وارثه ذكره فى الفروع فى باب التدبير .

ويجوز التصرف فى الموصى به بعد موت الملك وقبل القبض ، باتفاق من الأصحاب فيما نعلمه . قاله فى القاعدة الثانية والخمسين .

وتقدم فى آخر باب الخيار فى البيع .

تنبيه : مراده إذا كان الموصى له واحداً ، أو جماعة محصورا .

فأما إذا كانوا غير محصورين ـ كالفقراء ، أو المساكين مثلا ـ أو لغير آدمى ـ كالمساجد ، والقناطر ونحوها ـ فلا يشترط القبول . قولا واحداً .

وسيأتى قريباً متى يثبت الملك له إذا قبل !

فوائد

إحداها : يستقر الضمان على الورثة بمجرد موت موروثهم ، إذا كان المال عيناً حاضرة يتمكن من قبضها . على الصحيح من المذهب .

قال الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية ابن منصور ـ : فى رجل ترك مائتى دينار وعبداً قيمته مائة وأوصى لرجل بالعبد . فسرقت الدنانير بعد موت الرجل : وجب العبد للموصى له ، ودخلت الدنانير الورثة .

وهكذا ذكره الخرقى ، وأكثر الأصحاب .

وقال القاضى ، وابن عقيل ـ فى كتاب العتق ـ : لايدخل فى ضمانهم بدون القبض لأنه لم يحصل فى أيديهم ، ولم يتمكنوا منه أشبه الدين والعارية ونحوهما ، مما لم يتمكنوا من قبضه .

فعلى هذا . إن زادت التركة قبل القبض فالزيادة للورثة وإن نقصت : لم يحسب النقص عليهم . وكانت التركة مابقى .

ذكره فى القاعدة الحادية والخمسين ، وعلله .

الثانية . قوله (فَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي : بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ) بلا نزاع .

لكن لو مات الموصى له فقضاه دينه قبل موت الموصى : لم تبطل الوصية ، بلا نزاع . لأن تفريغ ذمة المدين بعد موته كتفريغها قبله ، لوجود الشغل فى الحالين ، كما لو كان حياً ذكره الحارثى .

الثالثة : لاتنعقد الوصية إلا بقوله « وصيت » أو « وصيت » إليك ، أو « إلى زيد بكذا » أو « أنت » أو « هو » أو « جعلته » أو « جعلتك وصيى » أو « أعطوه

من مالى بعد موتى كذا » أو « ادفعوه إليه » أو « جعلته له » أو « هو له بعد موتى » أو « هو له من مالى بعد موتى » ونحو ذلك .

تنبيه : قوله (وإنْ رَدَّهَا بَعْدَ مَوْتِهِ : بَطَلَتْ أَيْضًا) بلا نزاع .

لكن لو ردها بعد قبوله ، وقبل القبض : لم يصح الرد مطلقاً . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الفروع ، والفائق ، والزركشى . وصححه الحارثى .

قال فى المجد : هذا المذهب .

وقيل : يصح رده مطلقاً اختاره القاضى ، وابن عقيل .

وقيل : يصح رده فى المكيل والموزون ، بعد قبوله ، وقبل قبضه .

جزم به المصنف ، والشارح .

قال الزركشى : إن كان الرد بعد القبول والقبض : لم يصح الرد . وكذا لو كان بعد القبول ، وقبل القبض ، على ظاهر كلام جماعة

وأورده المجد : مذهباً .

فائدة : إذا لم يقبل بعد موته ، ولا رد : فحكمه حكم مُتَحَجِّر الموات ، على ما مر فى بابه . قاله فى الفروع .

وقال فى القاعدة العاشرة بعد المائة : لو امتنع من القبول ، أو الرد : حكم عليه بالرد ، وسقط حقه من الوصية .

وقاله فى الكافى . وجزم به الحارثى .

قوله (وَإِنْ مَاتَ بَعْدَهُ ، وقَبْلَ الرَّدِّ وَالقَبُولِ : قَامَ وَارِثُهُ مقَامَه . ذَكَرَهُ الحَرَقِيُّ) .

هذا المذهب . نص عليه فى رواية صالح . قاله المجد .

واختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير

﴿ وقال القاضى : تَنْطُلُ الوصِيَّةُ عَلَى قِياسِ قَوْلِهِ ﴾ .

يعنى : فى خيار الشعمة ، وخيار الشرط . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . نقلها عبد الله ، وابن منصور .

واختاره ابن حامد ، والقاضى ، وأصحابه .

وقدمه فى القاعدة الرابعة والأربعين بعد المائة ، وقال اختاره القاضى والأكثرون .

وحكى الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، وجهاً . أنها تنتقل إلى الوارث بلا قبول ، كالميراث .

قوله ﴿ وإنْ قَبِلَها بَعْدَ الْموْتِ : ثَبَتَ المِلْكُ حِينَ القَبُولِ . فِي الصَّحِيحِ ﴾ .

وهو المذهب . قاله المصنف ، وغيره . وأومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله تعالى ونصره القاضى ، وأصحابه . وقدمه فى الفروع .

قال الشارح ، وابن منجا : هذا الصحيح من المذهب . ونصره الشارح .

ويحتمل أن يثبت الملك حين الموت .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والخلاصة ، والمحرر ، والفائق .

قال فى العمدة : ولو وصى بشىء ، فلم يأخذه الموصى له زماناً : قُوِّم وقت الموت لا وقت الأخذ . انتهى

وقال فى الوجيز : ويثبت الملك بالقبول عقب الموت

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وقيل الخلاف رواية

واختار أبو بكر في الشافي : أن الملك مراعى .

فإذا قيل : تبين أن الملك ثبت له من حين الموت .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى .

وحكى الشريف عن شيخه ، أنه قال : هذا ظاهر كلام الخرقي

قلت : ويحتمله كلام الوجيز المتقدم ، بل هو ظاهر في ذلك .

قال في المستوعب : وهذا هو الوجه الذي قاله شيخنا . وهو كما قال

وحكى وجه : أنه من حين الموت بمجرده . نقله الحارثي .

فعلى الأول : يكون (قَبْلَ القَبُولِ فَوَرَثَتُهُ) على الصحيح من المذهب ، كما صرح به المصنف هنا .

واختاره هو وابن البنا ، والشيرازي ، والشارح .

وقدمه في الفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق .

وقيل : يكون على ملك الميت . وهو مقتضى قول الشريف ، وأبي الخطاب ، في خلافيهما .

قال الحارثي : والقول بالبقاء للميت : قال به أبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر ، والقاضي أبو الحسين ، وغيرهم انتهى .

وأطلقهما الزركشي ، وصاحب القواعد فيهما .

وقال : وأكثر الأصحاب قالوا : يكون للموصى له . وهو قول أبي بكر ، والخرقي ، ومنصوص الإمام أحمد رحمه الله تعالى انتهى .

تنبيه : لهذا الخلاف فوائد كثيرة ذكرها الأصحاب .

وذكر المصنف هنا بعضها

منها . حكم نمائه بين الموت والقبول .

فمن قال : هو على ملك الموصى له : فهو له يحتسب عليه من الثلث

ومن قال : هو على ملك الميت : فتتوفر به التركة فيزداد به الثلث .

فعلى هذا : لو وصى بعبد لايملك غيره ، وثمنه عشرة . فلم تجز الورثة . فكسب بين الموت والقبول خمسة : دخله الدور .

فتحصل الوصية شيئاً . فتصير التركة عشرة ونصف شيء ، تعدل الوصية والميراث ، وهما ثلاثة أشياء . فيخرج الشيء أربعة بقدر خمسي العبد . وهو الوصية . وترداد التركة من العبد درهمين

فأما بقيته : فرادت على ملك الورثة . وحقاً واحداً . قاله في المحرر ، وغيره .

وإن قلنا : هو على ملك الورثة : فهو لهم خاصة .

وذكر القاضي في خلافه : أن ملك الموصى له لايتقدم القبول ، وأن النماء قبله للورثة ، مع أن العين باقية على حكم ملك الميت . فلا يتوفر الثلث .

وذكر أيضاً إذا قلنا : إنه مراعى ، وأن سبب قبول الموصى له منعه له من حين الموت . فإن النماء يكون للموصى له معتبراً من الثلث .

فإن خرج من الثلث مع الأصل فهو له . وإلا كان له بقدر الثلث . فإن فضل شيء من الثلث كان له من النماء .

وقال في القاعدة الثانية والخمسين : إذا مات الموصَى بوقفه بعد الموت ، وقبل إيقافه : فأفتى الشيخ تقي الدين رحمه الله : أنه يصرف مصرف الوقف . لأن نماءه قبل الوقف كعينه بعده

وأفتى به الشيخ عماد الدين الكركي الشافعي .

قال الدميري : وهو الظاهر . وأجاب بعضهم بأنه للورثة .

قلت : قد تقدم في كتاب الزكاة ـ عند السائمة الموقوفة ـ ما يشابه ذلك .

وهو إذا أوصى بدراهم في وجوه البر ، أو ليشترى بها ماتوقف فاتجر بها الوصي . فقالوا : ربحه مع أصل المال فيما وصى به . وإن خسر ضمن النقص . نقله الجماعة .

وقيل : ربحه إرث .

ومنها : لو نقص الموصى به فى سعر أو صفة .

فقال فى المحرر : إن قلنا يملكه بالموت : اعتبرت قيمته من التركة سعره يوم الموت على أدنى صفاته من يوم الموت إلى القبول

وإن قلنا : يملكه من حين القبول : اعتبرت قيمته يوم القبول سعراً وصفة . انتهى .

قال فى القواعد : والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية ابن منصور . وذكره الخرقى ـ أنه تعتبر قيمته يوم الوصية .

ولم يحك فى المغنى فيه خلافاً

ظاهره أنه تعتبر قيمته يوم الموت على الوجوه كلها

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله . هذا قول الخرقى ، وقدماء الأصحاب .

قال : وهو أوجه من كلام المحد . انتهى .

قلت : وهو الصحيح من المذهب .

جزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال فى الفروع : وتقوم سعره يوم الموت .

ذكره جماعة . ثم ذكر ما فى المحرر .

وقال فى الترغيب وغيره وقت الموت خاصة . انتهى .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى باب الموصى به فى قوله « وإن لم يأخذه زماناً قوم وقت الموت لا وقت الأخذ » .

ومنها : لو كانت الوصية بأمة . فوطئ الوارث قبل القبول ، وأولدها صارت أم ولد له . ولا مهر عليه وولده حر لا يلزمه قيمته . وعليه قيمتها للموصى له هذا إن قلنا إن الملك لا يثبت إلا من حين القبول . ويملكها الورثة .

وإن قلنا : لا يملكها الوارث لم تصر أم ولد .

ومنها : لو وطئها الموصى به قبل القبول وبعد الموت .

فإن قلنا : الملك له فهي أم ولده ، وإلا فلا .

ومنها : لو وصى له بزوجته . فأولدها قبل القبول : لم تصر أم ولد له وولده رقيق للوارث ونكاحه باق إن قلنا لا يملكها .

وإن قلنا : يملكها بالموت ، فولده حر . وتصير أم ولده ، ويبطل نكاحه بالموت .

ومنها . لو وصى له بأبيه . فمات قبل القبول فقبل ابنه ، وقلنا : يقوم الوارث مقامه في القبول : عتق الموصى به حينئذ ولم يرث شيئاً . إذا قلنا : إنه يملكه بعد القبول .

وإن قلنا يملكه بالموت فقد عتق به فيكون حراً عند موت أبيه فيرث منه .

ومنها لو كانت الوصية بحال في هذه الصورة

فإن قلنا : ملك بالموت ، فهو ملك للميت . فتوفى منه دينه ووصاياه .

وعلى الوجه الآخر هو ملك للوارث الذي قبل . ذكره في المحرر

قال في القواعد ويخرج وجه آخر : أنه يكون ملكا للموصى له على كلا الوجهين لأن التمليك حصل له فكيف يصح الملك ابتداء لغيره ؟ .

ومنها : لو وصى لرجل بأرض فمضى الوارث فيها وغرس قبل القبول ، ثم قبل الموصى له

في الإرشاد : إن كان الوارث عالماً بالوصية : قلع بناؤه وغرسه مجاناً . وإن كان جاهلا : فعلى وجهين

قال في القواعد : وهو متوجه على القول بالملك بالموت .

أما إن قبل هي قبل القبول على ملك الوارث : فهو كبناء المشتري الشقص المشفوع وغرسه فيكون محترماً ، يتملك بقيمته

قلت : وهو الصواب

ومنها : لو باع شقص في شركة الورثة ، والموصى له قبل قوله

فإن قلت : الملك له من حين موت فهو شريك للورثة فى الشفعة ، وإلا فلا حق له فيها .

ومسألة : جريانه من حين الموت فى حول الزكاة .

فإن قلت : تمسكه الموصى له : جرى فى حوله .

وإن قلت : للورثة ، فهل يجرى فى حولهم ، حتى لو تأخر القبول سنة كانت زكاة عليهم أم لا ؟ يضعف تمسكهم فيه ، وتردد له ، وسبق حق الموصى له به . فهو كمال المكاتب .

قال فى القواعد : فيه تردد

قلت : الثانى أولى

قوله ﴿ وإذا قال فى المُوصَى بِهِ : هذا لِوَرَثتِي ، أوْ ما أوْصَيْتُ بِهِ لِفُلانٍ فهو لِفُلانٍ : كَانَ رُجُوعًا ﴾ بلا خلاف أعلمه .

﴿ وإنْ أوْصَى بِهِ لآخَرَ ، ولَمْ يَقُلْ ذلِكَ . فَهُوَ بَيْنَهُما ﴾ هذا المذهب

قال فى القواعد الفقهية : هذا المشهور فى المذهب .

وجزم به الخرقى ، وصاحب العمدة ، والمحرر ، والوجيز ، والشرح ، والمذهب ، والنظم ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمستوعب ، والحارثى

وقيل : هو للثانى خاصة اختاره ابن عقيل

ونقل الأثرم : يؤخذ بآخر الوصية

وقال فى التبصرة . هو للأول

فعلى المذهب . أيهما مات ، أو رَدَّ قبل موت الموصى كان للآخر قاله الأصحاب فهو اشتراك تراخر

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَهُ ، أَوْ وَهَبَهُ ، أَوْ رَهَنَهُ : كَانَ رُجُوعًا ﴾ .

إذا باعه ، أو وهبه : كان رجوعا بلا نزاع .

وكذا إن رهنه . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقطع به القاضي ، وابن عقيل .

وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في المحرر ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل ليس برجوع .

فوائد

إحداها : لو أوجبه في البيع أو الهبة ، فلم يقبل فيهما ، أو عرضه للبيع أو رهن ، أو وصى ببيعه ، أو عتقه أو هبته : كان رجوعاً على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع .

واختاره القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف . نقله الحارثي .

وصححه في المحرر ، والنظم فيما إذا أوجبه في البيع ، أو وهبه ، ولم يقبل .

وقيل : ليس برجوع ، كإجارته وتزويجه ، وتحريد نصله وسكينه . وكوصيته بثلث ماله فيتلف ، أو يبيعه ثم يملك مالاً غيره . فإنه في ذلك لا يكون رجوعا .

وأطلقهما في الرعاية الكبرى .

وأطلقهما في الصغرى ، والحاوي الصغير ، فيما إذا أوجبه في بيع ، أو هبة ، أو رهن : فلم يقبل .

الثانية : لو قال « ما أوصيت به لفلان فهو حرام عليه » فرجوع ذكره في الكافي واقتصر عليه الحارثي ، ونصره

الثالثة . لو وصى بثلث ماله ، ثم باعه أو وهبه : لم يكن رجوعاً . لأن الموصى به لا ينحصر فيما هو حاصر ، بل فيما عند الموت . قاله الحارثي .

قلت : فيعايى بها

قوله ﴿ وَإِنْ كَاتَبَهُ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، أَوْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ . فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

إذا كاتبه ، أو دبره : أطلق المصنف فيهما وجهين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

أحدهما : هو رجوع . وهو المذهب صححه فى التصحيح ، والمحرر ، والنظم .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

واختاره القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف فى الكفاية وصححه الحارثى فيهما

والوجه الثانى : ليس ذلك برجوع

وأطلق فيها إذا جحد الوصية الوجهين .

وأطلقهما فى المحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وشرح الحارثى .

أحدهما : ليس برجوع وهو المذهب . صححه فى التصحيح

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الكافى .

والوجه الثانى هو رجوع . وصححه فى النظم .

وقيد الخلاف بما إذا علم . وهو مراد من أطلق . والله أعلم .

قوله ﴿ وَإِنْ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ عَلَى وَجْهٍ لَا يَتَمَيَّزُ ، أَوْ زَالَ اسْمُهُ ، فَطَحَنَ الْحِنْطَةَ ، أَوْ خَبَزَ الدَّقِيقَ ، أَوْ جَعَلَ الْخَبْزَ فَتِيتًا ، أَوْ نَسَجَ الْغَزْلَ ، أَوْ بَحَرَ الْخَشَبَةَ بَابًا وَنَحْوِهِ ، أَوْ انْهَدَمَتِ الدَّارُ وَزَالَ اسْمُهَا . فَقَالَ الْقَاضِى : هُوَ رُجُوعٌ وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ وَجْهَيْنِ ﴾ .

اعلم أنه إذا خلطه بغيره على وجه لا يتميز ، أو أزال اسمه . فطحن الحنطة ، وخبز الدقيق ونحوه

وكذا لو زال اسمه بنفسه كانهدام الدار أو بعضها

فقال القاضي : هو رجوع وهو المذهب صححه في التصحيح ، والمحرر ، والنظم .

واختاره ابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وجزم به في الوجيز وغيره .

وقدمه في الفروع ، وغيره

وقيل : ليس برجوع قدمه في الهداية ، واختاره .

وقدمه في المذهب ، والمستوعب . وصححه في الخلاصة .

وقال في القاعدة الثانية والعشرين : لو وصى لرجل من زيت معين ، ثم خلطه بزيت آخر فإن قلنا هو اشتراك : لم تبطل الوصية

وإن قلنا هو استهلاك . بطلت

والمنصوص في رواية عبد الله ، وأبي الحارث : أنه اشتراك .

واختاره ابن حامد ، والقاضي وغيرهما . قاله قبل ذلك .

وأما إذا عمل الخبز فتيتاً ، أو نسج الغزل ، أو عمل الثوب قميصاً ، أو ضرب النقرة دراهم ، أو ذبح الشاة ، أو بنى ، أو غرس : فهنا وجهان .

وأطلقهما في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق

وأطلقهما في الكافي ، والنظم ، في البناء والغراس .

أحدهما : هو رجوع وهو الصحيح اختاره القاضي ، وابن عقيل - في غير البناء والغراس - ، والمصنف ، والشارح مطلقاً

وصححه في التصحيح فيما ذكره المصنف .

وجزم به فى الوجيز ، وقدمه فى الكافى — فى غير الشاه والعراس — وصححه فى النظم فى غير الشاه والعراس ، وصححه الحارثى فيهما .

والوجه الثانى : ليس رجوعا ، اختاره أبو الخطاب ، وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

قال فى الخلاصة : لم يكن رجوعا فى الأصح

فائدتان

إحداهما : لو وصى له بدار ، فانهدمت وأعادها ، فالمذهب : بطلان الوصية .

قال فى القواعد : هذا المشهور . ولا تعود بعود البناء .

وتوجه عودها إن أعادها بآلتها القديمة .

وفيه وجه آخر : لا تبطل الوصية بكل حال .

الثانية : وطء الأمة ليس رجوعا ، بناء على الصحيح من المذهب .

وجزم به فى الوجيز ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والكافى .

وقدمه فى المغنى ، وشرح الحارثى .

وفى المحرر : احتمل الرجوع

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن أوصى بأمة ، فوطئها وعزل عنها — وقيل : أو لم يعزل عنها — وهو يحبل ، فليس برجوع

وذكر ابن رزين فيه وجهين

قوله ﴿ وإنْ أوْصَى لهُ بِقفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ . ثُمَّ خَلَطَ الصُّبْرَةَ بِأُخْرَى لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ﴾ .

سواء خلطه بدونه ، أو بمثله ، أو بخير منه . وهذا المذهب .

جزم به فى المحرر ، والكافى ، وشرح ابن منجا .

قال فى الهداية : فإن أوصى بطعام ، فخلطه بغيره : لم يكن رجوعا .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والخارقى ، وابن رزين فى شرحه .

وقيل : هو رجوع مطلقا . وصححه الناظم فى خلطه بمثله .

وأطلقهما فى القاعدة الثانية والعشرين وقال : هما مبنيان على أن الخلط هل هو استهلاك ، أو اشتراك ؟

فإن قلنا هو اشتراك ، لم يكن رجوعا ، وإلا كان رجوعا .

قلت : تقدمت هذه المسألة فى كتاب الغصب فى كلام المصنف .

والصحيح من المذهب : أنه اشتراك .

وقيل : هو رجوع إن خلطه بجزء منه ، وإلا فلا

وجزم به فى النظم ، وغيره .

واختاره صاحب التلخيص ، وغيره

قال الخارقى : وهو مفهوم إيراد القاضى فى المجرد .

وأطلق فى الفروع — فيما إذا خلطه بخير منه — الوجهين

قال فى الرعايتين : وإن أوصى بشعير منها ، ثم خلطها بخير منها : فقد رجع ، وإلا فلا .

قال فى الكبرى ، قلت : إن خلطها بأردأ منها صفة : فقد رجع . وإن خلطها بمثلها فى الصفة : فلا .

وقيل : لا يرجع بحال .

فائدة : لو أوصى له بصبرة طعام ، فخلطها بطعام غيرها : فهيه وجهان مطلقان .

وأطلقهما فى الرعايتين

أصحهما : لا يكون رجوعاً . جزم به فى الحاوى الصغير إلا أن تكون

الصبرة مغلوطة .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر .

والوجه الثاني : لا يكون رجوعاً .

قال الحارثي : لو حط الحطة المعينة بحطة أخرى : فهو رجوع .

قطع به المصنف ، والقاضي ، وابن عقيل ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . انتهى

فهذا هو المذهب صححه الحارثي

وقال في الرعاية الكبرى ، وقيل : إن حطها من الطعم تنتها قدراً وصفة : فعدم الرجوع أظهر .

وإن اختلفا قدراً أو صفة ، أو احتمل ذلك : فالرجوع أظهر لتعذر الرجوع بالموصى » .

قوله ﴿ وَإِنْ زَادَ فِي الدَّارِ عِمَارَةً ، أَوِ انْهَدَمَ بَعْضُهَا : فَهَلْ يَسْتَحِقُّهُ المُوصَى لَهُ ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والقواعد الفقهية ، وشرح الحارثي .

وأطلقهما في الفروع ، فيما إذا زاد فيها عمارة .

أحدهما : يستحقه . صححه في التصحيح ، والنظم

والثاني : يستحقه . قدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير

وقال في التبصرة ـ فيما إذا زاد في الدار عمارة ـ لا يأخذ تماه متفصلا . وفي متصل : وجهان .

وقال في الرعاية الكبرى ، وقلت : الأنقض له ، والعمارة إرث .

وقيل : إن صارت قصاء في حياة الموصي : بطلت الوصية وإن بقي اسمها أخذها إلا ما انفصل منها .

فائدتان

إحداهما : لو بنى الوارث في الدار ـ وكانت تخرج من الثلث ـ فقيل :

يرجع على الموصى له بقيمة البناء قدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : لا يرجع وعليه أرش مانقص من الدار عما كانت عليه قبل عمارته

وأطلقهما فى الفروع

وإن جهل الوصية فله قيمته غير مقلوع .

الثانية : لو أوصى له بدار دخل فيها مايدخل فى البيع قاله الأصحاب .

وقيل : من صدقة — فيمن أوصى بكرم — وفيه حمل : فهو لموصى له

وقيل غيره . إن كان يوم وصى به له فيه حمل . فهو له

قال فى عيون المسائل لا لمن الوارث سقى ثمرة موصى بها لأنه لم يضمن تسليم هذه الثمرة إلى الموصى له ، بخلاف البيع .

قوله ﴿ وإنْ وَصَّى لِرَجُلٍ ، ثُمَّ قال : إنْ قدِمَ فُلانٌ فهُوَ لَهُ . فقدِمَ فِى حَيَاةِ الْموصِى فهُوَ لَهُ ﴾ بلا نزاع

﴿ وإنْ قدِمَ بعدَ مَوْتِهِ : فهُوَ لِلْأوَّلِ فى أحدِ الوجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب صححه فى التصحيح ، وجزم به فى الوجيز ، وغيره

واختاره القاضى وقدمه فى الفروع ، والخلاصة ، والحاوى الصغير ، واختاره القاضى

وفى الآخر : هو للقادم . وهو احتمال فى الهداية

وأطلقهما فى المذهب ، والشرح

قوله ﴿ وَتخْرُجُ الواجِبَاتُ مِنْ رأسِ المالِ ، أوْصَى بِها أوْ لَمْ يُوصِ فَإنْ وصَّى معَها بِتبَرُّعٍ : اعْتُبِرَ الثُّلُثُ مِن الباقِى ، بعْدَ إخْراجِ الواجِبِ ﴾

على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقيل : من إبراهيم — فى حج لم يوص به ، وزكاة ، وكفارة — من الثلث

وقيل أيضاً من رأس ماله . مع علم الورثة

ونقل عنه فى زكاة : من كله مع الصدقة .

فائدتان

إحداهما : إذا لم يف ماله بالواجب الذى عليه : تحاصوا على الصحيح من المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . ونص عليه

وعنه : تقدم الزكاة على الحج . اختاره جماعة .

ونقل عبد الله : يبدأ بالدين . وذكره جماعة قولا ، كتقديمه بالرهينة

وتقدم ذلك ، والذى قبله ، بأتم من هذا ، فى أواخر كتاب الزكاة ، فى كلام المصنف ، فليراجع .

وتقدم إذا وجب عليه الحج ، وعليه دين ، وضاق المال عن ذلك ، فى أواخر كتاب الحج .

الثانية : المخرج لذلك : وصيه ، ثم وارثه ، ثم الحاكم على الصحيح من المذهب . نص عليه

وقيل : الحاكم بعد الوصى . وهو احتمال لصاحب الرعاية

فإن أخرجه من لا ولاية له عليه من ماله بإذن : أجزأ . وإلا فوجهان .

وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب الإجزاء .

وتقدم فى حكم قضاء الصوم مايشهد لذلك .

وأطلقهما أيضاً فى الرعايتين ، والحاوى الصغير

قوله ﴿ وإنْ قَالَ : أَخْرِجُوا الواجبَ مِنْ ثُلُثِى فقَالَ القَاضِى : يُبْدأُ بِهِ . فَإِنْ فَضَلَ مِنَ الثُّلُثِ شيْءٌ : فَهُوَ لِصَاحِبِ التَّبَرُّعِ ، وإلاَّ بَطَلَتْ الوَصِيَّةُ ﴾ .

يعنى وإن لم يفضل شىء بطلت الوصية . وهو المذهب .

جزم به فى الوجيز، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والمذهب ، وغيرهم وصححه الناظم .

واختاره القاضى ، وابن عقيل قاله الحارثى .

وقال أبو الخطاب : يراجع به أصحاب الوصايا . وتابعه السامرى

قال الشارح : فيحتمل ماقال القاضى ويحتمل ماقاله المصنف هنا .

يعنى : أنه يقسم الثلث بينهم ، ويتم الواجب من رأس المال فيدخله الدور .

وإنما قال المصنف « فيحتمل على هذا » لأن المزاحمة ليست صريحة فى كلام أبى الخطاب لأن قول القاضى يصدق عليه أيضاً

قال فى الفروع ، وقيل : بل تتزاحم فيه . ويتم الواجب من ثلثيه

وقيل : من رأس ماله .

وقال فى المذهب ، وقيل : بتقاصص ويتم الواجب من رأس المال

وقيل : من ثلثيه .

باب الموصَى له

قوله ﴿ تَصِحُّ الوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ يَصِحُّ تَمْلِيكُهُ : مِنْ مُسْلِمٍ ، وَذِمِّيٍّ وَمُرْتَدٍّ ، وَحَرْبِيٍّ ﴾ .

تصح الوصية للمسلم ، والذمى بلا نزاع . لكن إذا كان معيناً .

أما غير المعين - كاليهود والنصارى ونحوهم - فلا تصح . صرح به الحارثى وغيره . وقطع به .

وكذا الحربيُّ نص عليه ، والمرتد . على الصحيح من المذهب .

أما المرتد : فاختار صحة الوصية له أبو الخطاب وغيره . وقدمه المصنف هنا .

قال الأرجى فى منتخبه ، والفروع : تصح لمن صح تملكه

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة .

وقال ابن أبى موسى : لا تصح لمرتد

وأطلقهما فى المذهب ، والمحرر ، والشرح ، والزركشى ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والمذهب .

واختار فى الرعاية : إن بقى ملكه صح الإيصاء له ، كالهبة له مطلقاً . وإن زال ملكه فى الحال . فلا

قال فى القاعدة السادسة عشر : فيه وجهان . بناء على زوال ملكه و بقائه

قال قبل زوال ملكه : تصح الوصية له ، وإلا صحت . وصحح الحارثى عدم الصحة .

وأما الحربى : فقال تصح الوصية له : جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم

قال فى الفروع : هذا المذهب

قال فى الرعاية هذا الأشهر ، كالهبة إجماعاً .

وقيل : لا تصح .

وقال فى المستعب : تصح لأهل دار الحرب نقله ابن منصور .

قال فى الرعاية : وعنه تصح لحربى فى دار حرب

قال الحارثى . والصحيح من القول : أنه إذا لم يتصف بالقتال والمظاهرة : صحت ، وإلا ، تصح .

فائدة : لا تصح لكافر بمصحف ، ولا بعد مسلم .

فلو كان العبد كافراً ، أو أسلم قبل موت الموصى : بطلت .

وإن أسلم بعد العتق : بطلت أيضاً ، إن قيل بوقف ذلك على القبول ، وإلا صحت

ويحتمل أن تبطل نقله فى المغنى

تنبيهان

أحدهما : قوله ﴿ وتصح لمكاتبه ، ومدبره ﴾ .

هذا بلا نزاع لكن لو صحت ، وصاق الثلث عن المدبر : بدئ ، بنفسه . فيقدم عتقه على وصيته على الصحيح من المذهب

قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والحارثى ، والفائق ، والفروع ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه

وقال القاضى : يعتق بعضه ويملك من الوصية بقدر ما عتق منه

الثانى : قوله ﴿ وتصح لأم ولده ﴾ بلا نزاع .

كوصيته : أن تبيت قربته وقف عليها مادامت على ولدها . نقله مرودى رحمه الله تعالى .

فائدة : لو شرط عدم تزويجها ، فلو تزوج وأحدث لوصية ، ثم تزوجت

فقيل : تبطل . قدمه ابن رزين فى شرحه ، بعد قول الخرقى « وإذا أوصى لعبده بحر من ماله »

قال فى بدائع الفوائد ـ قبل آخره بقريب من كراسين ـ قال فى رواية أبى الحارث « ولو دفع إليه مالا ـ يعنى إلى زوجته ـ على أن لا تتزوج بعد موته . فتزوجت ، ترد المال إلى ورثته

قال فى الفروع ـ فى باب الشروط فى النكاح ـ : وإن أعطته مالا على أن لا يتزوج عليها : رده إذا تزوج . ولو دفع إليها مالا على أن لا تتزوج بعد موته ، فتزوجت ردته إلى ورثته . نقله الحارثى . انتهى .

فقياس هذا النص : أن أم ولده ترد ما أخذت من الوصية إذا تزوجت فتبطل الوصية بردها . وهو ظاهر ما اختاره الحارثى

وقيل : لا تبطل ، كوصيته بعتق أمته على أن لا تتزوج . فمات ، وقالت لا أتزوج : عتقت

فإذا تزوجت : « بطل عتقها . فولا واحداً بعد الأكثرين

وقال الحارثى : يحتمل الرد إلى الرق . وهو الأظهر ، ونصره .

وأطلقهما فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى ، والحارثى .

قوله ﴿ وَنُصِحَ لِعَبْدِ غَيْرِهِ ﴾ .

هذا المذهب وعليه الأصحاب

وعنه : لا تصح الوصية لقِنِّ رَبِّهَ . ذكره ابن عقيل .

تنبيهان

أحدهما : يستثنى من كلام المصنف ، وغيره ـ ممن أطلق ـ الوصية لعبد وارثه وقاتله . فإنها لا تصح لهما ، ما لم يصر حراً وقت نقل الملك . قاله فى الفروع وغيره وهو واضح

الثانى : ظاهر كلام المصنف : صحة الوصية له سواء قلنا يملك أو لا يملك .

وصرح به ابن الزاغونى فى الواضح وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

والذى قدمه فى الفروع : أنها لا تصح إلا إذا قلنا يملك

فقال : وتصح لعبد إن ملك

وتقدم التنبيه على ذلك فى كتاب الزكاة فى فوائد العبد : هل يملك بالتمليك ؟

قوله ﴿ فإن قبلها فهى لسيده ﴾

مراده : إذا لم يكن حراً وقت موت الموصى .

فإن كان حراً وقت موته : فهى له . وهو واضح

وإن عتق بعد الموت وقبل القبول : فيه الخلاف المتقدم فى الفوائد المتقدمة فى الباب الذى قبله .

وإن لم يعتق : فهى لسيده على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : وتخرج أنها للعبد .

ثم قال : والحالة فاختصاص العبد أظهر .

وقال ابن رجب : الملك للسيد

نص عليه فى رواية حنبل .

وذكره القاضى وغيره .

وساه ابن عقيل وغيره على الخلاف فى ملك السيد .

فائدة لو قبل السيد لنفسه : لم يصح . جزم به فى الترغيب .

ولا يعتد قبول العبد إلى إذن سيده . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى المبهج . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : بلى اختاره أبو الخطاب فى الانتصار

قوله ﴿ وتصح لعبده بمشاع ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه : لا تصح لمن زمن الوصية . كما تقدم .

ووجه فى الفروع فى صحة عتقه ، ووصيته لسيده نفع . روايتين ، من قوله لعبده « أنت حر بعد موتى بشهر » فى باب المدبر .

فائدة

الأولى : لو وصى له برقبة ماله ، وقيمته مائة ، وله سواه ثمانمائة : عتق . وأحد مائة وخمسة وعشرين . هذا الصحيح .

ويتجه : أن يعطى مائتين تكميلا لعتقه بسراية من تمام الثلث .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : ويحتمل أن يعتق ربعه ، ويرث بقيته .

ويحتمل بطلان الوصية . لأنها لسيده الوارث انتهى

الثانية : تصح وصيته للعبد بنفسه أو برقبته . ويعتق بقبول ذلك ، إن خرج من الثلث ، وإلا عتق منه بقدر الثلث

قوله ﴿ وإنْ وصَّى لَهُ بِتَمْيِيزٍ ، أوْ بِعَانَةٍ : لَمْ تَصِحَّ ﴾ .

هذا المذهب . قاله فى الفروع ، وغيره .

وصححه المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

قال الزركشى : هذا المشهور من الروايات .

قال ابن رجب : أشهر الروايتين عدم الصحة .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وهو من عليه الأصحاب .

﴿ وَحُكِيَ عَنْهُ أنَّهَا تَصِحُّ ﴾

وصرح بهذه الرواية عن أبى موسى ومن بعده .

قال الحارثي - وهو المنصوص .

فعليها يُشترى من الوصية ويعتق وما بقي فهو له

جزم به في الكافي وغيره . وقدمه في الرعاية ، وغيرها

وقيل : يُعطى ثلث المعين إن خرجا معه من الثلث

فإن باعه الورثة بعد ذلك فالمالك لهم ، إن لم يشترضها المبتاع . قاله جماعة من الأصحاب

قال في الفروع : يد وصي له تعين ، فعنه : كماله .

وعنه يُشترى ، ويعتق

وكونه كماله : قطع به ابن أبي موسى .

تنبيه : من الأصحاب من بنى الروايتين هنا على أن العبد : هل يملك ، أولا ؟

فإن قلنا يملك . صحت ، وإلا فلا

وهي طريقة ابن أبي موسى ، والشيرازي ، وابن عقيل ، وغيرهم .

وأشار إلى ذلك الإمام أحمد رحمه الله في رواية صالح .

ومنهم من حمل الصحة على أن الوصية القدرُ المعين ، أو القدر من التركة لا بعينه . فيعود إلى الجزء المشاع

قال ابن رجب في قواعده : وهو بعيد جدا

وتقدم ذلك في كتاب الزكاة في العبد : هل يملك بالتمليك ، أم لا ؟

قوله ﴿ وتصح للحمل ، إذا علم أنه كان موجودا حين الوصية ﴾ .

هذا ما لا نزاع فيه . لكن هل الوصية له تعتق على خروجه حيا ؟ وهو اختيار القاضي ، وابن عقيل في بعض كلامه ، أو تبين ملك له من حين موت الموصي وقبول وليه له ؟ .

واختار ابن عقيل أيضا - في بعض كلامه - فيه وجهان

وصرح أبو المعالى ابن منجا بالثانى ، وقال : ينعقد الحول عليه من حين الملك إذا كان مالا زكويا . وكذلك فى المملوك بالإرث

وحكى وجها آخر أنه لا يجرى فى حول الزكاة ، حتى يوضع . للتردد فى كونه حيا ماسكا كالمكاتب

قال فى القواعد : ولا يعرف هذا التفريع فى المذهب

قوله (بِأَنْ تَصِحَّ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، إِنْ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ ، أَوْ سَيِّدٍ يَطَؤُهَا ، أَوْ لأَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ ، إِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ ، فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ) .

يعنى : إن لم تكن ذات زوج ، ولا سيد يطؤها .

وأصلهما فى عدة الوفاة ، والمذهب ، والمستوعب ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والفائق

أحدهما : تصح الوصية له إذا وضعته لأقل من أربع سنين بالشرط المتقدم . وهو المذهب

قال فى الواجز : وتصح لحمل تحقق وجوده قبلها وضعته فى التصحيح .

وجزم به فى الكافى ، والمغنى ، والشرح . وقدمه فى الخلاصة

والوجه الثانى : لا تصح الوصية لأنه مشكوك فى وجوده . ولا يلزم من لحوق النسب صحة الوصية

وبنى كلامه فى المحرر وغيره .

تنبيهان

أحدهما : لأقل من ستة أشهر إن كانت ذات زوج أو سيد يطؤها

وكذا قال فى المغنى ، والشرح

وقال القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول : إن أتت به لدون ستة

أشهر ـ من حين الوصية ـ صحت ، سواء كانت فراشاً أو بائنا . لأنا نتحقق وجوده حال الوصية .

قال الحارثى : وهو الصواب ، جزما . وهو كما قال .

الثانى : قوله « أو لأقل من أربع سنين » هذا بناء منه على أن أكثر مدة الحمل أربع سنين . وهو المذهب ، على ماياتى فى كلام المصنف مصرحاً به فى أول كتاب العدد .

وأما إذا قلنا : إن أكثر مدة الحمل : سنتان ، فإن تصدقه لأقل من سنتين .

والشرح ـ رحمه الله ـ حمل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف مبنيان على الخلاف فى أكثر مدة الحمل .

والأولى : أن الخلاف فى صحة الوصية وعدمها . وعليه شرح ابن منجا . وهو الصواب .

فائدة : قال المصنف وغيره : فإن كانت فراش زوج أو سيد ، إلا أنه لا يطؤها ـ لكونه عنّينا فى حق سيد ، أو مريضا مرضاً يمنع الوطء ، أو كان أسيراً ، أو محبوساً ، أو علم المورثة أنه لا يطؤها ، أو أقروا بذلك ـ فإن أصدقته لم يعرقوا بين هذه الصورة وبين ما إذا كان يطؤها .

قال المصنف : ويحتمل أنها متى أتت به فى هذه الحال ، أو وقت يمكن على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية ـ مثل أن تصدقه لأقل من غالب مدة الحمل ـ أو تكون أمارات الحمل ظاهرة ، أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجودا بأمارات الحمل ، بحيث يحكم له بكونها حاملا ـ صحت الوصية له . انتهى

قلت : وهذا هو الصواب

وجزم به فى الكافى .

قال الزركشي : وجزم به في المغني .

وليس كذلك ، وقد تقدم لفظه .

قال في الرعاية الكبرى : ولا تصح الوصية للحمل ، إلا أن تضعه لدون ستة أشهر من حين الوصية .

وقيل : إذا ماوضعته بعدها ـ لزوج أو سيد ـ ولم يلحق نسبه إلا بتقدير وطء قبل الوصية : صحت له أيضاً انتهى .

وقال في الفروع : فإن أتت به لأكثر من ستة أشهر ـ ولا وطء ـ فوجهان ما لم يجاوز أكثر مدة الحمل

وقال في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، والمذهب : ولا تصح وصية لحمل إلا أن يولد حياً قبل نصف سنة منذ وصى له .

وإن ولد بعدها قبل أكثر مدة الحمل ما لم يلحق الواطئ نسبه إلا بوطء قبل الوصية : صحت ، وإلا فلا

وإن ولد لأكثر مدة الحمل فأقل ، ولا وطء إذاً فوجهان .

وقال في الكبرى : ولا تصح له إلا أن يولد حياً قبل نصف سنة منذ الوصية . وإن ولد بعدها قبل أكثر مدة الحمل ـ إذا لم يلحق ـ فلا تصح الوصية له . وإن كانت بائناً فكذلك .

وقيل : لا تصح الوصية ، وإن ولدته بعد أكثر مدة الحمل من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم يلحقه . فلا تصح الوصية له .

وإن ولدته لأقل من أربع سنين بعد الفرقة لحقه . وصحت

وإن وصى لحمل من زوج أو سيد يلحقه : صحت .

وإن كان منفياً ـ بلعان ، أو بدعوى الاستبراء ـ فلا .

وإن كانت فراشاً لزوج أو سيد ، وما نطؤها ـ لبعد ، أو مرض ، أو أسر ، أو حبس ـ لحقه وصحت الوصية

وقيل : وكذا إن وطئها

ويحتمل أن يلحقه إن ظنا أنه كان موجوداً حين الوصية . انتهى

تنبيه : قول المصنف « لأقل من ستة أشهر ، ولأقل من أربع سنين » وكذا قال الأصحاب

قال ابن منجا في شرحه : ولم يذكر المصنف « بأن تضعه لستة أشهر ، أو لأربع سنين » ولا بد منها

فإنها إذا وضعته لستة أشهر ، أو لأربع سنين : علم أيضاً أنه كان موجوداً . لاستحالة أن يولد ولد لأقل من ستة أشهر

وتبع في ذلك المصنف في المغني

والصواب : ماقاله المصنف هنا والأصحاب .

ولذلك قال الزركشي : انعكس على ابن منجا الأمر . انتهى .

فائدتان

إحداهما : لو وصى لحمل امرأة ، فولدت ذكراً وأنثى : تساويا في ذلك

وأما الوصية بالحمل : فتأتي في كلام المصنف في أول باب الموصى به .

الثانية : لو قال « إن كان في بطنك ذكر : فله كذا . وإن كان أنثى : فكذا » فكان فيه ذكر وأنثى ، فلهما ما شرط .

ولو كان قال « إن كان ما في بطنك ذكر فله كذا ، وإن كان ما في بطنك أنثى : فله كذا » فكان فيه ذكر وأنثى ، فلا شيء لهما . قاله في الفروع

وإن كان جنيناً — في المسألة الأولى — فقال في الكافي : له ما للأنثى حتى يتبين أمره .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لِمَنْ تَحْمِلُ هَذِهِ الْمَرْأَةُ : لَمْ تَصِحَّ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره

وقيل : تصح

وحرم ابن رزين نصحة الوصية لمجهول والمعدوم ، وصححها بهما أيضاً

قال فى القواعد الفقهية . لاتصح لمعدوم بالأصالة ، كما من تحمل هذه العمارة » صرح به القاضى ، وابن عقيل .

وفى دخول المتجدد بعد الوصية ، وقبل موت الموصى : روايتان

وذكر الله عبى — فيمن وصى لمواليه ، وله مدبرون ، وأمهات أولاد — أنهم يدخلون . وعلل بأنهم أموال حال الموت والوصية تعتبر بحال الموت

وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله على الخلاف فى المتجدد بين الوصية والموت ، قال : بل هذا متجدد بعد الموت . فمنعه أولى .

وأفتى الشيخ تقى الدين أيضاً : بدخول المعدوم فى الوصية تبعاً كمن وصى بغلة شجره للفقراء ، إلى أن تحدث لولده ولد

فائدة : لو وصى بشئ لأحد هذين . أو قال « لحارى » أو « قريبى فلان » باسم مشترك : لم تصح لوصية . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : تصح . كقوله « أعطوا ثلثى أحدهما » فى أصح الوجهين .

قال فى القواعد الأصولية . فيما إذا قال « لحارى ، أو قريبى فلان » باسم مشترك ، أصح الروايتين عند الأصحاب : لاتصح ، للإبهام .

واختار الصحة فى غير الأولى : القاضى ، وأبو بكر فى الشافى ، وابن رجب .

وتقدم فى التى قبلها كلام ابن رزين

وحرم المصنف فى متنه عدم الصحة فى المسألة الأولى .

فعلى القول بالصحة . فقيل يعطيه الورثة حرم به فى الرعاية الكبرى .

وقيل يعين بقرعة قطع به فى القواعد الفقهية وهو الصواب .

وأطلقهما فى الفروع ، وقواعد الأصول .

فعلى المذهب : لو قال « عبدى عاتم حر بعد موتى » وله مائة ، وله عبدان .

بهذا الاسم : عتق أحدهما بقرعة ولا شىء له . نقله يعقوب ، وحنبل .

وعلى الثانية : هى له من ثلثه اختاره أبو بكر .

تنبيه قال فى القاعدة الخامسة بعد المائة : محل الخلاف فيما إذا قال « لحارى فلان » باسم مشترك : إذا لم تكن قرينة .

فإن كان ثم قرينة ، أو غيرها . أنه أراد معيناً منهما ، وأشكل عليه معرفته : فهنا تصح الوصية بغير تردد . ويخرج المستحق منهما بالقرعة فى قياس المذهب .

قوله ﴿ وَإِنْ قَتَلَ الوَصِيُّ المُوصِيَ : بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ﴾ .

هذا المذهب . اختاره أبو بكر ، والقاضى ، وابن أبى موسى ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

قال فى القواعد : بطلت . رواية واحدة على أصح الروايتين

وعنه : لا تبطل . اختاره ابن حامد

قال الحارثى : اختاره ابن حامد ، وأبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر ، وابن بكروس ، وغيرهم

قوله ﴿ وَإِنْ جَرَحَهُ ، ثُمَّ أَوْصَى لَهُ فَمَاتَ مِنَ الجُرْحِ : لَمْ تَبْطُلْ فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ ﴾

وهو المذهب . اختاره ابن حامد ، وأبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر ، وابن بكروس ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم

وقيل : تبطل اختاره أبو بكر ، والقاضى

وجزم به ابن أبى موسى

قوله ﴿ وقَالَ أَصْحَابُنَا . فِى الوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ : رِوَايَتَانِ ﴾ .

قاله فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : فى الحكم روايتان .

وقال فى الفروع ، وقال جماعة فى الوصية للقاتل روايتان ، سواء أوصى له قبل الجرح ، أو بعده

إحداهما : تصح . اختارها ابن حامد .

والثانية : لاتصح . اختارها أبو بكر .

فتلخص لنا فى صحة الوصية للقاتل ثلاثة أوجه - الصحة مطلقا اختاره ابن حامد . وعدمها مطلقا اختاره أبو بكر .

والفرق بين أن يوصى له بعد الجرح : فيصح ، وقبله : لاتصح . وهو الصحيح من المذهب

ويأتى نظير ذلك فى باب العفو عن القصاص ، فيما إذا أبرأ من قتله من الدية أو وصى له بها

وقال فى الرعاية . وقيل : الوصية والتدبير كالإرث .

ويأتى فى كلام المصنف - فى باب الموصى به - إذا قتل وأخذت الدية : هل تدخل فى الوصية ، أم لا ؟

فائدة : مثل هذه المسألة : لو دبر عبده ، وقتل سيده أو جرحه ، خلافا ومذهبا . قاله الأصحاب

وقال فى الرعاية الكبرى : وقيل يبطل تدبير الصد ، دون الأمة .

وقال فى الفروع : فإن جعل التدبير عتقاً بصفة : فوجهان . وأطلقهما .

وتأتى هذا آخر التدبير محررا .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لِصِنْفٍ مِنْ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ ، أَوْ لِجَمِيعِ الأَصْنَافِ : صَحَّ . وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ الْقَدْرَ الَّذِى يُعْطَاهُ فِى الزَّكَاةِ ﴾ .

وهذا المذهب . وجزم به المصنف ، والشارح ، وابن منجا فى شرحه ، وغيرهم .

قال فى الفروع — فى كتاب الوقف ، فيما إذا وقف على الفقراء — لايجوز إعطاء الفقير أكثر مما يعطى من الزكاة فى المنصوص .

وقدمه فى المغنى وغيره هناك . وقدمه فى النظم هنا .

وقال ، وقيل : يعطى كل صنف ثمن . وقيل : يجوز .

فاختار أبو الخطاب ، وابن عقيل : جواز الزيادة المسكين على خمسين ، وإن منعناه منها فى الزكاة . ذكروه فى الوقف . وهذا مثله

قال الحارثى هنا : وهو الأقوى . وتقدم ذلك .

وتقدم أيضاً : أنه لو وقف على الفقراء : دخل المساكين . وكذا عكسه يدخل الفقراء

وتقدم هناك قول بعدم الدخول .

وحكم القدر الذى يعطى كل واحد من أصناف الزكاة من الوصية : حكم ما يعطى من الوقف عليهم ، على ما تقدم . فليعاود

فائدة : قال فى الدقائق ، وغيره : الرقاب ، والغارمون ، وفى سبيل الله ، وابن السبيل : مصارف الزكاة

وكذا قال فى الفروع فى كتاب الوقف

فيعطى فى فداء الأسرى لمن يفديهم

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : أو يوفَّى ما استدين فيهم . انتهى .

قلت : أما إذا أوصى لجميع أصناف الزكاة — كما قال المصنف هنا — فإنهم يعطون بأجمعهم

وكذا لو أوصى لأصناف الزكاة ، فتعطى الأصناف الثمانية .

أعني أنهم أهل للإعطاء لدخولهم في كلامه .

وحكم إعطائهم هنا كالزكاة .

وصرح بذلك المصنف في المغني ، والشارح ، وصاحب الحاوي الصغير

وقالوا : يعني أن يعطى لكل صنف ثمن الوصية ، كما لو أوصى لثمن قبائل .

وفرقوا بين هذا وبين الزكاة — حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد — أن آية الزكاة : أريد فيها بيان من يجوز الدفع إليه ، والوصية أريد بها : بيان من يجب الدفع إليه .

قال في الرعاية الكبرى : ولو وصى لأصناف الزكاة الثمانية : فلكل صنف الثمن ، ويكفي من كل صنف ثلاثة .

وقيل : بل واحد .

ويستحب إعطاء من أمكن منهم بقدر الحاجة وتقديم أقارب الموصي

ولا يعطى إلا مستحق من أهل بلده انتهى .

قال الحارثي : وظاهر كلام الأصحاب : جواز الاقتصار على الشخص ، كالزكاة .

والأقوى : أن لكل صنف ثمنَ

قال : والمذهب جواز الاقتصار على الشخص الواحد من الصنف .

وعند أبي الخطاب : لابد من ثلاثة ، لكن لا يجب التسوية

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْصَى لِفَرَسٍ حَبِيسٍ يُنْفَقُ عَلَيْهِ : صَحَّ . وَإِنْ مَاتَ الفَرَسُ : رُدَّ المُوصَى بِهِ ، أَوْ بَاقِيهِ ، إِلَى الوَرَثَةِ ﴾

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : يصرف إلى ورثة آخر حيين وهو احتمال لأبى الخطاب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْصَى فِى أَبْوَابِ البِرِّ : صُرِفَ فِى القُرَبِ ﴾ .

هذا المذهب . اختاره المصنف ، وغيره .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم

وقيل عنه : يصرف فى أربع جهات : فى أقاربه ، والمساكين ، والحج ، والجهاد .

قال ابن منجا فى شرحه : وهى المذهب .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

وقيد فى الفائق وغيره الأقارب بالذين لا يرثون . وهو كما قال

وعنه : فداء الأسرى ، مكان الحج

ونقل المروذى : فيمن أوصى بثلثه فى أبواب البر ـ يُجزّأ ثلاثة أجزاء ، جزء فى الحج ، وجزء فى الجهاد ، وجزء يتصدق به فى أقاربه .

زاد فى التبصرة : والمساكين .

وعنه : يصرف فى الجهاد ، والحج ، وفداء الأسرى .

قال المصنف ـ عن هذه الروايات ـ وهذه ـ والله أعلم ـ ليس على سبيل اللزوم والتحديد ، بل تحور صرفه فى الجهات كلها

قال فى الفروع . والأصح لا يجب ذلك .

وذكر القاضى ، وصاحب التلخيص : أن قوله « ضع ثلثى حيث أراك الله » أو « فى سبيل البر والقربة » يصرفه لفقير ومسكين ونحوه .

قلت : هذا ظاهر كلام كثير من الأصحاب . لحكاياتهم الخلاف ، وإطلاقهم .

قلى المذهب : أفضل القرب : الغزو . عبداً به نص عليه .

قال فى الفروع : و بتوجه ما تقدم فى أفضل الأعمال .

يعنى الذى حكاه من الخلاف فى أول صلاة التطوع .

وتقدم التنبيه على ذلك فى الوقف .

فائدتان

إحداهما : لو قال « ضع ثلثى حيث أراك الله » فله صرفه فى أى جهة من جهات القرب . والأفضل : صرفه إلى فقراء أقاربه .

فإن لم يجد فإلى محارمه من الرضاع . فإن لم يجد فإلى جيرانه .

وتقدم قريباً عن القاضى ، وصاحب الترغيب وجوب الدفع إلى الفقراء والمساكين فى هذه المسألة .

الثانية : لا يشترط فى صحة الوصية القربة على الصحيح من المذهب . خلافاً للشيخ تقى الدين رحمه الله

فيما قال : و جعل الكفر أو الجهل شرطاً فى الاستحقاق ، لم تصح فلو وصى لأحمق الناس لم تصح .

وعلل فى المغنى الوصية للمسجد بأنه قربة .

قال فى الفروع : فدل على اشتراطها

وقال فى الترغيب : تصح الوصية لعمرة قبور المشايخ والعلماء[1] .

وقال فى النصرة : إن أوصى لما لا معروف فيه ولا قربة ككنيسة ، أو كتب التوراة لم تصح . ذكر ذلك فى الدعوى فى أوائل كتاب الوقف .

قوله (وَإِنْ وَصَّى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِأَلْفٍ : صُرِفَ فِى حَجَّةٍ بَعْدَ أُخْرَى حَتَّى تَنْفَدَ) .

---

(١) هذا خلاف ما سن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى المثل التى بعدها .

سواء كان راكباً أو راجلا . وهذا المذهب .

جزم به في المحرر ، والوجيز ، والمنور ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، وغيرهم

وقدمه في الفروع ، والرعاية الكبرى

وعنه : تصرف في حجة لا غير . والباقي إرث .

ونقل ابن إبراهيم : بعد الحجة الأولى : تصرف في الحج ، أو في سبيل الله .

وقال في الفصول : من وصى أن يحج عنه بكذا : لم يستحق ما عين زائداً على النفقة لأنه بمثابة جعالة . واختاره . ولا يجوز في الحج

واختار أبو محمد الجوزي : أنه إن وصى بألف يحج بها : يصرف في كل حجة قدر نفقته حتى ينفد . ولو قال « حجوا عني بألف ، فما فضل فللورثة »

وقد تقدم في باب الإجارة : أن الإجارة لا تصح على الحج ونحوه . على الصحيح من المذهب . فيعطى هنا لأجل النفقة

فعلى المذهب : إن لم تكف الألف ، أو البقية بعد الإخراج : حج به من حيث يبلغ . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وجزم به في المحرر . وقدمه في الشرح ، والفروع ، والفائق ، والكافي .

وقيل : يعان به في حجة . اختاره القاضي .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير .

قال ابن عبدوس — في تذكرته — وبقيتها : لعاجزة عن حجة لمصلحتها انتهى .

وعنه : يجيز . فإن تعذر فهو إرث . قاله في الرعاية ، وغيره .

قال الحارثي : وفيه وجه ببطلان الوصية إذا لم تكف الحج .

فائدتان

إحداهما : إذا كان الحج تطوعا أجزأ أن يحج عنه من الميقات . على الصحيح .

صححه فى الحاوى الصغير

قال فى الرعاية الكبرى : وهو أولى .

وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والفائق .

وقدمه فى الفروع ، وغيره ، فى كتاب الحج .

قال الحارثى : وهو أقوى .

واختاره أبو بكر ، وصاحب التلخيص ، والمحرر

وقيل : لا تجزىء إلا من محل وصيته ، كحجه بنفسه

وجزم به فى الكافى . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

لكن قال عن الأولى : هو أولى . كما تقدم

وتقدم ذلك فى كتاب الحج ، قبيل قوله « ويشترط لوجوب الحج على المرأة وجود محرم »

الثالثة : لو كان الموصى قد حج حجة الإسلام ، كانت الألف من ثلث ماله .

وإن كانت عليه حجة الإسلام : فحجتها من رأس المال ، والباقى من الثلث .

قوله ﴿ فَإِنْ قَالَ : يُحَجُّ عَنِّى حَجَّةٌ بِأَلْفٍ : دُفِعَ الْكُلُّ إِلَى مَنْ يَحُجُّ عَنْهُ ﴾

هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع وزوائد ابن تميم ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والمستوعب .

وقيل : الثلث من نفقة الحجة إليه . جزم به فى التبصرة

وحكاه الحارثى رواية . وقدمه فى الهداية

وصححه فى خلاصة ، وأصلقهما فى المذهب

قوله ﴿ فإنْ عَيَّنَهُ فِي الوَصِيَّةِ ، فقَالَ : يَحُجُّ عَنِّي فُلَانٌ بِأَلْفٍ فَأَبَى الحَجَّ وَقَالَ : اصْرِفُوا لِي الفَضْلَ : لَمْ يُعْطَهُ وَبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ﴾

يعني من أصلها إذا كان تطوعاً .

وهذا أحد الوجهين . وهو احتمال في المغني ، والشرح ، والرعاية .

وهو ظاهر ما جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة . فإن كلامهم ككلام المصنف .

وجزم به في المحرر ، والمنور . وصححه الحارثي .

والوجه الثاني : تبطل في حقه لا غير ، ويحج عنه بأقل ما يمكن من نفقة ، أو أجرة . والبقية للورثة . وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب .

وفي بعض نسخ المقنع ﴿ لم يعطه وبطلت الوصية في حقه ﴾ وعليها شرح الشارح .

وذكرها ابن منجا في المتن ولم يشرحها بل علل البطلان فقط .

فعلى هذه النسخة ـ مع أن النسخة الأولى لا تأبى ذلك ـ يكون المصنف قد جزم بهذا الوجه هنا .

وجزم به في الكافي ، والنظم والوجيز ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير .

وقدمه في الرعاية الكبرى ، والفائق ، والمغني ، والشرح ، ونصره .

واختاره ابن عقيل وأطلقهما في الفروع .

وذكر الناظم قولا : أن بقية الألف للذي حج .

تنبيه : محل هذا الخلاف . إذا كان الموصي قد حج حجة الإسلام .

أما إذا لم يكن حج حجة الإسلام ، وأبى من عيّنه : فإنه يقام غيره بنفقة المثل . والفضل للورثة ولا تبطل قولا واحداً وهو واضح . ويحسب الفاضل في الثلث عن نفقة مثله ، أو أجرة مثله للفرض

فوائد

منها : لو قال « يحج عنى رجل بألف » فما فضل فهو وصية له إن حج .
ولا يعطى إلى أيام الحج . قاله الإمام أحمد رحمه الله ، ويحتمل أن الفضل للوارث .

ومنها : لا يصح أن يحج وصى بإخراجها

نص عليه الإمام أحمد رحمه الله في رواية أبي داود ، وأبي الحارث ، وجعفر النسائي ، وحرب رحمهم الله

قال : لأنه منفذ . فهو كقوله : « تصدق عني به » لا يأخذ منه .

ومنها : لا يحج وارث ، على الصحيح من المذهب . نص عليه في رواية أبي داود رحمه الله

وقدمه في الفروع ، وشرح الحارثي

واختار جماعة من الأصحاب : أن يحج عنه إن عينه ، ولم يزد على نفقته . منهم : الحارثي .

وجزم به المصنف في المغني ، والشارح ، وشرح ابن رزين

وفي الفصول : إن لم يعينه جاز

ومنها : لو أوصى أن يحج عنه بنفقته صح .

ومنها : لو وصى بثلاث حجج إلى ثلاثة في عام واحد : صح . وأحرم النائب بالفرض أولا ، إن كان عليه فرض

ومنها : لو وصى بثلاث حجج لم يكن له أن يصرفها إلى ثلاثة يحجون عنه في عام واحد . قاله في الرعايتين

قال : ويحتمل أن تصح ، إن كانت نفلا .

وتقدم في حكم قضاء رمضان ، وكتاب الحج أيضا . هل يصح حج الأجنبي عن ميت حجة الإسلام بدون إذن وليه أم لا ؟

وقال في الفروع — في باب حكم قضاء الصوم — حكى الإمام أحمد عن طاوس: جواز صوم جماعة عنه في يوم واحد، ويجزىء عن عدتهم من الأيام.

قال: وهو أظهر. واختاره المجد.

قال: فدل ذلك على أن من أوصى بثلاث حجج، جاز صرفها إلى ثلاثة يحجون عنه في سنة واحدة.

وجزم ابن عقيل بأنه لا يجوز لأن نائبه مثله.

وذكره في الرعاية قولا. ولم يذكر قبله ما يخالفه.

ذكره في فصل استنابة المعضوب من باب الإحرام وهو قياس ما ذكره القاضي في الصوم. انتهى كلامه في الفروع.

ولم يستحضر تلك الحال ما ذكره في باب الموصى به، أو رآه بعد ذلك. وقد أطلق وجهين في صحة ذلك.

ثم وجدت الحارثي نقل عن القاضي، وابن عقيل، والسامري: صحة صرف ثلاث حجج في عام واحد، وقال: وهو أولى.

قوله ﴿ فإنْ وصّى لأهْلِ سِكّتِه، فهُوَ لأهْلِ دَرْبِهِ ﴾.

هذا المذهب. جزم به في المغني، والوجيز، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، والمستوعب، والهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم.

وقدمه في الرعاية الكبرى، والفروع، وغيرهما.

وقيل: هما أهل المحلة الذين يكون طريقهم بدربه.

فائدة: معتبر في استحقاقه سكناه في السكة: حال الوصية. نص عليه.

وجزم به في المستوعب، وغيره.

وقدمه في الفروع. واختاره ابن أبي موسى.

وقال في المغني: ويستحق أيضا، طرأ إلى السكة بعد الوصية.

وقال في القاعدة السابعة بعد المائة : وفي دخول المتجدد بعد الوصية ، وقبل موت الموصي : روايتان

ثم قال : والمنصوص — فيمن أوصى أن يتصدق في سكة فلان بكذا وكذا فسكنها قوم بعد موت الموصي — قال : إنما كانت الوصية للذين كانوا .

ثم قال : ما أدري كيف هذا ؟ قيل : فيشبه هذا الكورة ؟ قال : لا الكورة وكثرة أهلها . خلاف هذا المعنى ، فإن قوم ويخرج قوم ، يقسم بينهم . انتهى .

قوله (وإنْ وَصَّى لِجيرانِه : تناول أرْبعينَ دارًا مِنْ كُلِّ جانبٍ) .

هذا المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب

منهم أبو حفص ، والقاضي وأصحابه ، والمصنف ، والشارح

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في المحرر ، والفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والمستوعب ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة .

وقال أبو بكر : مستدار أربعين دارًا

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله

قال في المستوعب : وقال أبو بكر ، وقد قيل : مستدار أربعين دارًا .

قال في الفائق — بعد قول أبي بكر — وقيل : من أربعة جوانب

قال الشارح — عن قول أبي بكر — يعني : من كل جانب

وعنه جيرانه : مستدار ثلاثين دارًا ذكرها في الفروع

وقال في الفائق : تناول أربعين دارًا من كل جانب

وعنه : ثلاثين ذكرها أبو الحسين

فظاهر هذه الرواية مخالف للتي قبلها لكن فسرها الحارثي بالأول

ونقل ابن منصور : لا ينبغي أن يعطى هنا إلا الجار الملاصق

وقيل : يرجع فيه إلى العرف .

قلت : وهو الصواب ، إن لم يصح الحديث[1]

وقد استدل المصنف ، والشارح للمذهب بالحديث فيه . وقال هذا نص لايجوز العدول عنه ، إن صح . وإن لم يثبت فالخبر هو المقارب ويرجع فى ذلك إلى العرف . انتهى

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لِأَقْرَبِ قَرَابَتِهِ ـ وَلَهُ أَبٌ وَابْنٌ ـ فَهُمَا سَوَاءٌ . وَالأَخُ وَالْجَدُّ سَوَاءٌ ﴾ .

هذا المذهب . بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به فى الوجيز ، وغيره

وقدمه فى المغنى والشرح ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم .

ويحتمل تقديم الابن على الأب ، والأخ على الجد

وقيل : تقدم الجد على الأخ

تنبيه : قوله ﴿ والأَخُ من الأَبِ ، والأَخُ من الأُمِّ : سَوَاءٌ ﴾

بلا نزاع . وهذا مبنى على القول بأن الأخ من الأم يدخل فى القرابة ، على ماتقدم فى كتاب الوقف . قاله فى الفروع ، وغيره وكذا الحكم فى أبنائهما .

وكذا يحمل ما قاله فى المغنى والشرح : أن الأب والأم سواء

قوله ﴿ وَالأَخُ من الأَبَوَيْنِ : أَحَقُّ مِنْهُمَا ﴾ .

وهو المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم

وقال فى الفروع ، ويتوجه رواية : أنه كأخيه لأمه ، لسقوط الأمومة كالنكاح . وجزم به فى التبصرة

---

(١) وهو ماروى الامام أحمد رحمه الله « الجار أربعون داراً . هكذا وهكذا وهكذا وهكذا » ذكره صاحب كشاف القناع .

قلت : واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله

ذكره في القاعدة العشرين بعد المائة ، لكن ذكره في الوقف

فائدتان

إحداهما : الأب أولى من ابن الابن على الصحيح من المذهب

قدمه في الفروع ، والمحرر .

وقطع به في المغني ، وغيره .

وقدم في الترغيب : أن ابن الابن أولى .

قال : وكل من قدم : قدم ولده ، إلا الجد فإنه يقدم على بني إخوته ، وأخيه لأبيه . فإنه يقدم على ابن أخيه لأبويه .

الثانية يستوي جده وعمه كأبويه على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع .

وقيل : يقدم جده وعمه لأبيه

قوله ﴿ ولا تصح الوصية لكنيسة ، ولا بيت نار ﴾ .

هذا المذهب وعليه الأصحاب قاطبة وقطع به أكثرهم .

وذكر القاضي : أنه لو أوصى بحصر البيع وقناديلها وما شاكل ذلك ، ولم يقصد إعظامها : أن الوصية تصح لأن الوصية لأهل الذمة صحيحة .

قلت : وهذا ضعيف

ورده الشارح واقتصر عليه في الرعاية ، وقال فيه نظر

وروى عن الإمام أحمد رحمه الله ما يدل على صحة الوصية من الذمي لخدمة الكنيسة

قال في الهداية ، ومن تبعه : ولو وصى لبناء كنيسة أو بيعة أو كتب التوراة والإنجيل : لم تصح الوصية

ونقل عبد الله مايدل على صحتها

قال فى الرعايتين : لم تصح على الأصح .

ثم قال : قلت : تحمل الصحة على وصية ذمى بما يجوز له فعله من ذلك انتهى

قلت : وحمل رواية على غير ظاهرها متعين .

قوله ﴿ ولا لِكَتْبِ التَّوْرَاةِ ، والإنجيلِ ، ولا لِمَلَكٍ ، ولا لِمَيِّتٍ ﴾

بلا نزاع وقال فى الرعاية : ولا تصح لكتب توراة وإنجيل على الأصح

وقيل إن كان الموصى بذلك كافراً صح ، وإلا فلا .

وتقدم قريباً فى فائدة : هل تشترط القراءة فى الوصية أم لا ؟ .

تنبيه : قوله ﴿ ولا لِبَهِيمَةٍ ﴾ .

إن وصى لفرس حبيس : صح . إذا لم يقصد تمليكه كما صرح به المصنف قبل ذلك

وإن وصى لفرس زيد : صح . ولزم بدون قبول صاحبها . ويصرفها فى علفه .

ومراد المصنف هنا : تمليك البهيمة

قوله ﴿ وإنْ وَصَّى لِحَيٍّ وميِّتٍ يَعْلَمُ مَوْتَه ، فالكُلُّ لِلْحَيِّ ﴾ .

وهو أحد الوجهين

ونقل عن الإمام أحمد رحمه الله مايدل عليه .

واختاره فى الهداية ، والكافى .

وجزم به فى الوجيز . وصححه فى النظم

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

ويحتمل أن لا يكون له إلا النصف . وهو المذهب .

جزم به فى المذهب ، وغيره

وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

قال الحارثى : هذا المذهب . وعليه عامة الأصحاب .

حتى أبو الخطاب فى رؤوس المسائل .

ونص عليه من رواية ابن منصور

وقال فى الرعاية الكبرى : وتتوجه القرعة بين الحى والميت .

تنبيه : محل الخلاف ، إذا لم يقل : هو بينهما نص قاله : كان له النصف .

قولا واحداً

قوله (وإن لم يعلم ، فللحى نصف الموصى به) بلا نزاع .

فوائد

إحداها : لو وصى له وللحمل ، أو له وللحائط بثلث ماله : كان له الجميع

على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقدمه فى الفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والهداية ،

والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقيل : له النصف . وهو احتمال للقاضى .

قلت : هى شبيهة بالتى قدمها .

الثانية : لو وصى له وللرسول — صلى الله عليه وسلم — بثلث ماله : قسم بينهما

نصفان . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والتلخيص .

وقيل : الكل له

على المذهب : يصرف مالرسول فى المصالح . قاله فى الفروع .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق : يصرف فى الكُراع ، وفى

السلاح ، والمصالح

الثالثة : لو وصى له ولله : قسم بينهما على الصحيح من المذهب . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والفروع .

وقيل : كله له . كما لو قسمه حرم به فى الكافى .

الرابعة : لو وصى لزيد وللفقراء بثلثه : قسم بين زيد والفقراء نصفين . نصفه له ونصفه للفقراء : على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقال فى الرعاية الكبرى ، قلت : إذا أوصى لزيد وللفقراء فهو كأحدهم فيجوز أن يعطى أقل شىء انتهى

ولو كان زيد فقيراً : لم يستحق من نصيب الفقراء شيئاً نص عليه فى رواية ابن هانىء ، وعلى بن سعيد . وهو المذهب وعليه الأصحاب

ونقل القاضى الاتفاق على ذلك .

مع أن ابن عقيل — فى فنونه — حكى عنه : أنه خرج وجهاً عشركتهم إذا كان فقيراً ذكره فى القاعدة السابعة عشر بعد المائة .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لِوَارِثِهِ وَأَجْنَبِيٍّ بِثُلُثِ مَالِهِ ، فَرَدَّ الْوَرَثَةُ : فَلِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ ﴾ بلا نزاع أعلمه .

﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُمَا بِثُلُثِ مَالِهِ . فَكَذَلِكَ عِنْدَ الْقَاضِى ﴾

يعنى : إذا ردَّ الورثة نصف الوصية وهو محاور الثلث من غير تعيين فيكون للأجنبى السدس ، والسدس للوارث

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا واختاره ابن عقيل

وعند أبى الخطاب له الثلث كله ، كما لو ردَّ الورثة وصيته .

وقيل : السدس للأجنبي ، وبطل الباقي . فلا يستحق الوارث فيه شيئا .

فوائد

إحداها : لو ردوا نصيب الوارث كان للأجنبي الثلث كاملا على الصحيح من المذهب .

قدمه في الفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

وقيل : له السدس ورده بعضهم .

الثانية : لو أجاز الوارث وحده : فله الثلث . بلا نزاع .

وكذا لو أجازوا للأجنبي وحده : فله الثلث . على الصحيح من المذهب .

قدمه في الرعايتين ، والحارثي

وقيل : له السدس فقط .

الثالثة : لو ردوا وصية الوارث ، ونصف وصية الأجنبي : فله السدس على الصحيح من المذهب وهو يرجع إلى قول القاضي .

وقدمه في الرعاية ، وغيرها .

وقيل : له الثلث . وهو يرجع إلى قول أبي الخطاب .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى بِمَالِهِ لِابْنِهِ وَأَجْنَبِيٍّ ، فردَّا وصيَّتَهُ فَلَهُ الثُّلُثُ عِنْدَ القَاضِي ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب .

وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق

وعند أبي الخطاب : له الثلث .

قال في الرعاية الكبرى : وهو أقيس

قال في الفائق ويحتمل أن يكون له السدس ، حملا على صفة .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لِزَيْدٍ ، وَلِلْفُقَرَاءِ ، وَالْمَسَاكِينِ بِثُلُثِهِ . فَلِزَيْدٍ الثُّلُثُ . وَالْبَاقِي لَهُمَا ﴾ .

وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

وقال فى الفروع ، قلت : ويحتمل أن له السدس . لأنهما هما صنف . انتهى .

قلت : يخرج فيه أيضاً : أن يكون كأحدهم . فيعطى أقل شىء . كما قاله صاحب الرعاية ، على ماتقدم قريباً

فوائد

الأولى : لو وصى له ولإخوته بثلث ماله : فهو كأحدهم قدمه فى الرعاية الكبرى ، وقال . ويحتمل أن له النصف ولهم النصف

قال الحارثى : أظهر الوجهين : أن له النصف .

وقال فى الفروع : ولو وصى له وللفقراء بثلثه . فنصفان

وقيل : هو كأحدهم ، كلهم وإخوته فى وجه .

ظاهر ماقدمه أن يكون له النصف . وهو احتمال فى الرعاية . وهو المذهب وتقدم قريباً : إذا أوصى له وللفقراء ، أو له ولله ، أو له وللرسول ، وما أشبه ذلك

الثانية : لو وصى بدفن كتب العلم لم تدفن . قاله الإمام أحمد رحمه الله .

وقال : مايعجبنى

ونقل الأثرم : لا بأس

ونقل غيره : يحسب من ثلثه . وعنه : الوقف .

قال الخلال : الأحوط دفنها .

الثالثة : لو وصى بإحراق ثلث ماله : صح . وصرف فى تحبير المكتبة ، وتسوير المساجد . ذكره ابن عقيل ، واقتصر عليه فى الفروع .

قلت : الذى ينبغى أن يسطر فى القرائن . فإن كان من أهل الخير ، ونحوه : صرف فى ذلك ، وإلا فهو لغو

الرابعة : قال ابن عقيل ، وابن الجوزى : لو وصى بحمل ثلثه فى القراب . صرف فى تكفين الموتى .

ولو وصى بجعله فى الماء : صرف فى عمل سفن للجهاد

قلت : وهذا من جنس ماقبله .

وقال ابن الجوزى — فيما نقله عنه ، وأقره حكاية عن الإمام الشافعى رحمه الله — ولم يخالفه : لو أن رجلا وصى بكتبه من العلم لآخر فكان فيها كتب الكلام : لم تدخل فى الوصية . لأنه ليس من العلم وهو صحيح .

باب الموصى به

قوله ﴿ تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِالمَعْدُومِ ، كَالَّذِي تَحْمِلُ أَمَتُهُ ، أَوْ شَجَرَتُهُ أَبَدًا ، أَوْ مُدَّةً مُعَيَّنَةً ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

فإن حصل شيء : فهو له ، وإلا بطلت .

قال في الفروع : ويعتبر إمكان الموصى به

وفي الترغيب وغيره : واختصاصه .

فلو وصى بمال غيره : لم يصح ، ولو ملكه بعد .

وتصح بروحته ووقت صح النكاح فيه الخلاف .

وبما تحمل شجرته أبداً ، أو إلى مدة ولا يلزم الوارث السقي . لأنه لم يضمن تسليمها ، بخلاف مشتر .

ومثله بهيمة لا يملكها إذنٌ .

وفي الرعاية : إن وصى بما تحمل هذه الأمة ، أو هذه النحلة : لم تصح لأنه وصية بمعدوم

والأشهر وبحمل أمته ، ويأخذ قيمته نص عليه .

وقيل ويدفع أجرة حضانته . انتهى كلام صاحب الفروع .

وقيل : لا تصح الوصية بحمل أمته .

قوله ﴿ وَتَصِحُّ بِمَا فِيهِ نَفْعٌ مُبَاحٌ مِنْ غَيْرِ المَالِ . كَالكَلْبِ ، والزَّيْتِ النَّجِسِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَلِلمُوصَى لَهُ ثُبُوتُ ذَلِكَ ﴾ .

يعني : إذا لم تجز الورثة . وهذا بلا نزاع .

﴿ وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، فَجَمِيعُ ذَلِكَ لِلْمُوصَى لَهُ ، وَإِنْ قَلَّ . فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾

وصححه في التصحيح وجزم به في الخلاصة ، والوجيز ، والحاوي الصغير إلا أن تكون النسخة مغلوطة

وقدمه في الهداية ، والمستوعب

قال الحارثي : وهو الأظهر عند الأصحاب .

﴿ وَفِي الآخَرِ لَهُ ثُلُثُهُ ﴾

وهو المذهب . قدمه في الرعايتين ، والفروع ، والفائق واختاره في المحرر وأطلقهما في المذهب ، والشرح ، وشرح ابن منجا

قال الحارثي : ويحتمل وجهاً ثالثاً ، وهو أن يضم إلى المال بالقيمة . فتقدر المالية فيه ، كتقديرها في الجزء في بعض الصور ثم يعتبر من الثلث كأنه مال . قال . وهذا أصح .

فوائد

إحداها : الكلب المباح النفع كلب الصيد ، والماشية ، والزرع ، لا غير على الصحيح من المذهب

قال الزركشي : هذا الأشهر .

قال في الرعاية الكبرى . في الصيد

وقيل . أو بستان وقاله في الرعايتين في آدابهما

وقيل وكلب البيوت أيضاً وهو احتمال للمصنف . فعليه يصح الوصية أيضاً

وأما الجرو الصغير فيباح تربيته لمن يباح اقتناؤه له على الصحيح من المذهب . صححه في الفروع ، والرعاية الصغرى في آدابهما ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم

وقدمه في الكافي: فتصح الوصية به.

وقيل: لا تجوز تربيته، فلا تصح الوصية به.

وأطلقهما في الرعاية الكبرى.

أما إن كان عنده ما يصيد به، ولم يصد به، أو يصيد به عند الحاجة إلى الصيد، أو لحفظ ماشية، أو زرع، إن حصلا: فخلاف. قاله في الفروع.

وذكره في المغني، والشرح احتمالين مطلقين. ذكره في البيع.

قلت: الذي يظهر: أن ذلك كالجرو الصغير.

وقدمه في الكافي: الجواز.

وقدمه ابن رزين، وجعل في الرعاية: الكلب الكبير، الذي لا يصيد به لهواً، كالجرو الصغير، وأطلق الخلاف فيه.

وجزم بالكراهة في آداب الرعايتين.

وقال في الواضح: الكلب ليس مما يملكه.

وفي طريقة بعض الأصحاب: إنما يصح لملك اليد الثابت له، كخمر تخلل. ولو مات من في يده خمر، ورث عنه. فلهذا يورث الكلب نظراً إلى اليد حساً.

الثانية: تقسم الكلاب المباحة بين الورثة، والموصى له، والموصى لهما: بالعدد. فإن تشاحوا، فبقرعة.

وأتى في باب الصيد: تحريم اقتناء الكلب الأسود البهيم، وجواز قتله. وكذا الكلب العقور.

الثالثة: لو أوصى له بكلب، وله كلاب.

قال في الرعاية: له أخذها بالقرعة. وجزم به ابن عبدوس في تذكرته.

وعنه: بل ما شاء الورثة. انتهى.

قلت: وهذا هو الصواب، وأطلقهما الحارثي.

تنبيه: أفاد المصنف رحمه الله بقوله: وتصح بما فيه نفع مباح كالزيت

النجس » أن ذلك على القول بجواز الاستصباح به وهو المذهب ، على ماتقدم فى كتاب البيع .

أما على القول بعدم الجواز : فما فيه نفع مباح فلا تصح الوصية به وهو صحيح صرح به المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وظاهر كلامه فى رعاية الكبرى الإطلاق وإنما حمل التقييد بما قال المصنف من عنده

قوله ﴿ وَتَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِالمَجْهُولِ كعَبْدٍ وشَاةٍ ﴾ بلا نزاع .

﴿ ويُعْطَى مَا يَقَعُ عليْهِ الاسْمُ . فإن اخْتَلَفَ الاسْمُ بالحَقِيقَةِ والعُرْفِ ، كالشَّاةِ . هِيَ فِي العُرْفِ لِلأُنْثَى ﴾ يعنى : الأنثى الكبيرة ﴿ والبَعِيرِ ، والثَّوْرِ ﴾ هو ﴿ فِي العُرْفِ لِلذَّكَرِ ﴾ يعنى : الذكر الكبير ﴿ وَحْدَهُ وَفِي الحَقِيقَةِ لِلذَّكَرِ ، والأُنْثَى : عُكْسُ العُرْفِ ﴾ .

هذا اختيار المصنف . وصححه الناظم .

وجزم به فى الوجيز .

وقدم فى الرعايتين . أن « الشاة » للأنثى

وجزم به فى التبصرة فى « البعير » و « الثور » .

وقال المصنف : « العبد للذكر المعروف » .

وقدمه فى الفروع فى باب الوقف ، والحارثى هنا .

وعند القاضى وغيره : لايشترط كونه ذكراً

وقال فى الفروع فى الوقف ـ فيما إذا أوصى بعبد ـ فى إجزاء خنثى غير مشكل وجهان . جزم الحارثى أنه لايدخل فى مطلق العبد .

وقال أصحابنا نحن الخنثى . وهو المذهب . فيتناول الذكر والأنثى ، والصغير والكبير

وأطلق في الشرح في « البعير » وجهين .

وقال القاضي في خلاف « الشاة » اسم لجنس الغنم يتناول الصغار والكبار

قوله ﴿ والدَّابَّةُ اسْمٌ لِلذَّكَرِ وَالأُنْثَى مِنَ الخَيْلِ وَالبِغَالِ والحَمِيرِ ﴾

هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وقطع به كثير منهم .

فتتقيد يمين من حلف لا يركب دابة بها

وفي الترغيب وجه في وصية بدابة ، يرجع إلى عرف البلد .

وذكر أبو الخطاب في التمهيد — في الحقيقة العرفية — أن « الدابة » اسم للفرس عرفا ، وعند الإطلاق ينصرف إليه

وذكره في القبول عن أصولي ، يعني نفسه

قال : لأن لها نوع قوة من الدبيب ، ولأنه ذو كَرٍّ وفرٍّ .

فوائد

الخصال والحمل والحمار للذكر والناقة والبقرة والجحشة والأتان للأنثى وأما الفرس فللذكر والأنثى .

قال في الفائق قلت : والبغل للذكر ، والبغلة تحتمل وجهين انتهى

ولو قال « عشرة من إبلي وغنمي » فهو للذكر والأنثى على الصحيح

وقال المصنف ، والشارح يحتمل أنه إن قال « عشرة » بالهاء فهو للذكور وبعدمها للإناث

و « الرقيق » للذكر والأنثى والخنثى .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِغَيْرِ مُعَيَّنٍ — كَعَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ — صَحَّ وَيُعْطِيهِ الوَرَثَةُ مَا شَاءُوا مِنْهُمْ فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ ﴾

هو إحدى الروايتين ونص عليه في رواية ابن منصور . وهو المذهب .

اختاره القاضي ، وأبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر — في خلافيهما — والشيرازي ، والمصنف ، وابن عبدوس في تذكرته

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير وصححه في النظم .

وقال الخرقي : يعطى واحد بالقرعة

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله

اختاره ابن أبي موسى ، وصاحب المحرر وأطلقهما في الفروع

وقال في التبصرة : هذان الروايتان في كل لفظ احتمل معنيين ، قال : ويحتمل حمله على ظاهرهما

فائدة : قال القاضي في هذه المسألة : يعطيه الورثة ما شاءوا من عبد أو أمة .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب

وقال المصنف : الصحيح عندي : أنه لا يستحق إلا ذكراً وهو المذهب كما تقدم وظاهر النظم الإطلاق

قوله ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَبِيدٌ ، لَمْ تَصِحَّ الوَصِيَّةُ ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب صححه في التصحيح ، والنظم وجزم به في الوجيز

قال الحارثي : المذهب البطلان

وقدمه في المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

وتصح في الآخر ويشترى له ما يسمى عبداً

وأطلقهما في الشرح ، والفائق

فعلى المذهب : لو ملك عبيداً قبل موته ، فهل تصح الوصية ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما في الشرح ، والفروع ، والفائق ، وشرح الحارثي .

أحدهما تصح وهو الصحيح جزم به في الحاوي الصغير

وقدمه في الرعايتين .

والثانى : لاتصح ، كمن وصى لعمرو بعد زيد ثم ملكه

فائدة : لو وصى بأن يعطى مائة من أحد كيسيه فلم يوجد فيهما شىء .

استحق مائة على الصحيح من المذهب نص عليه

قال فى الفروع : استحق مائة على المنصوص .

وجزم به فى الرعايتين .

وهو ظاهر ماجزم به الخرقى .

وقيل : لايستحق شيئاً .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ لَهُ عَبِيدٌ ، فَأَعْتَقَ إِلَّا وَاحِدًا : تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ﴾

وهو الصحيح من المذهب

جزم به فى المغنى ، والشرح ، والمذهب ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

وقيل : يتعين بالقرعة

قال فى الرعاية الكبرى : ويتوجه أن يقرع بين الحى والميت .

فائدة : لو لم يكن له إلا عبد واحد : صحت وتعينت فيه على الصحيح من المذهب . قاله القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

وقال الخرقى : قياس المذهب : بطلان الوصية

ولو تلف رقيقه كلهم قبل موت الموصى : بطلت الوصية

ولو عتقوا بعد موته من غير تفريط : فكذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ قُتِلُوا كُلُّهُمْ فَلَهُ قِيمَةُ أَحَدِهِمْ عَلَى قَاتِلِهِ ﴾ .

إما بقرعة أو باختيار الورثة ، على خلاف المتقدم قاله الأصحاب

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير وإن قتلوا فى حياته : بطلت . وإن قتلوا بعد موته أخذت قيمة عبد من قاتله وقاله فى النظم وغيره

فيحمل كلام المصنف على ذلك .

قوله ﴿وإن وصى له بقوس ـ وله أقواس للرمي والبندق والدف ـ فله قوس النشاب . لأنه أظهرها . إلا أن يقترن به قرينة تصرفه إلى غيره﴾

هذا المذهب . صححه المصنف وغيره .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره

وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم

قال الحارثى : وهو الأصح .

وعند أبى الخطاب : له واحد منها ، كالوصية بسهم من عبيده

واختاره فى الهداية وأطلقهما فى المذهب

وقيل : له واحد منها غير قوس البندق . وأطلقهن فى الفائق

وقيل : له ما يرمى به عادة .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : له قوس النشاب .

وقيل : والنبل . قال فى المذهب : فيه وجهان

أحدهما : تنصرف الوصية إلى قوس النشاب والنبل على قول القاضى .

فوائد

إحداها : يعطى قوسا معمولة بغير وتر على الصحيح من المذهب

قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

قال الحارثى : وهو الأظهر

وقيل : يعطى قوسا مع وتره

جزم به فى الترغيب . وبه جزم القاضى ، وابن عقيل قاله الحارثى .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير

الثانية : قوس النشاب : هو الفارسى . وقوس السل : هو العربى . وقوس جرخ وقوس بحرى وهو الذى يوضع فى مجراه السهم ، فيخرج من المجرى وقوس البندق : هو قوس جُلاهق .

الثالثة : لو كان له أقواس من جنس ، أو قوس نشاب ونبل ـ وقلنا : يُعْطَى من كل منهما ـ : أعطى أحدهما بالقرعة قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : بل يرضى الورثة .

قوله ﴿ وإنْ وصَّى لهُ بكَلْبٍ ، أوْ طَبْلٍ ، ولهُ مِنْهَا مُبَاحٌ وَمُحَرَّمٌ : انْصَرَفَ إلَى المُبَاحِ . وإنْ لَمْ يَكُنْ لهُ إلاَّ مُحَرَّمٌ . لَمْ تَصِحَّ الوَصِيَّةُ ﴾

بلا نزاع فى ذلك . وتقدم حكم ما إذا تعددت الكلاب قريباً

قوله ﴿ وتَنفُذُ الوصِيَّةُ فِيما عُلِمَ مِنْ مَالِهِ وما لَمْ يُعْلَمْ ﴾

جزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما ولا أعلم فيها خلافاً

قوله ﴿ وإنْ وَصَّى بِثُلُثِهِ ، فاسْتَحْدَثَ مَالاً : دَخَلَ ثُلُثُهُ فِى الوصِيَّةِ ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والنظم ، والفائق ، وغيرهم

وعنه : يدخل المتجدد مع علمه به ، أو قوله « ثلثى يوم أموت » وإلا فلا .

تنبيه : قد يدخل فى كلامه ، لو نصب أحوله قبل موته ، فوقع فيها صيد بعد موته فإن الصيد يكون للناصب فيدخل ثلثه فى الوصية . وهو صحيح . وهو المذهب . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الانتصار ، وغيره : لا يدخل ، ويكون كله للورثة

وأطلقهما فى المغنى

قوله ﴿ وإن قُتِل وأُخِذَتْ دِيَتُهُ ، فهل تدخُلُ في الوصيَّة ؟ على روايتين ﴾ .

وأطلقهما الحرقي ، والزركشي ، وابن رزين في شرحه ، والشرح ، والهداية في باب ميراث القتل

إحداهما تدخل فتكون من جملة التركة وهو مذهب .

قال الإمام أحمد رحمه الله « قد قضى النبي صلى الله عليه وسلم أن الدية ميراث »

واختاره القاضي ، وغيره

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وصححه في التصحيح ، وشرح الحارثي . وغيرهما .

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

قال في الخلاصة ، في باب ميراث القتل : وتؤخذ ديون المقتول ووصاياه من ديته على الأصح .

وبأتي كلامه في الرعايتين ، والحاوي ، والفائق في التي بعدها . ومال إليه الزركشي .

والرواية الثانية : لا تدخل . فتكون للورثة خاصة

وقيل : تقضى منها الديون أيضاً ، على الرواية الثانية

وهو ظاهر ماقطع به المصنف في المغني ، والشارح ، وابن رزين في شرحه .

فإنهم قالوا ـ على الرواية الثانية ـ وكذلك يقضى منها ديونه ، ويجهز منها .

وطريقة المحرر ، وصاحب الفروع ، وغيرهما : أن وفاء الدين مبني على الروايتين ، إن قلنا له : قضيت ديونه وإن قلنا للورثة : فلا . وهو مذهب

وأما تجهيزه : فإنه منها بلا نزاع .

وبأتي مايشابه ذلك في أثناء باب العفو عن القصاص .

تنبيه : مبنى الخلاف هنا : على أن الدية تحدث على ملك الميت ، أو على ملك الورثة ؟ فيه روايتان .

والصحيح من المذهب : أنها تحدث على ملك الميت .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى بِمُعَيَّنٍ بِقَدْرِ نِصْفِ الدِّيَةِ ، فَهَلْ تُحْسَبُ الدِّيَةُ عَلَى الورثةِ ؟ عَلَى وجْهَيْنِ ﴾ .

بناء على الروايتين المتقدمتين . قاله الشارح ، وابن منجا ، والحارثي .

وقال في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والعائق : ودية المقتول عمداً أو خطأ تركة ، تقضى منها ديونه ، وفي وصيته وجهان .

ولو وصى بمعين قدر نصف الدية . فالدية محسوبة على الورثة من ثلثيه .

وقيل : لا وعنه : ديته لهم . فلا حق فيها لوصية ولا دين .

وقيل : تقضى منها الديون فقط

قوله ﴿ وَتَصِحُّ الوصيَّةُ بالمَنْفَعَةِ المُفْرَدَةِ فَلَوْ وصَّى لِرَجُلٍ بِمَنَافِعِ أَمَتِهِ أَبَدًا ، أَوْ مُدَّةً مُعَيَّنَةً : صَحَّ ﴾

بلا نزاع أعلمه وللورثة عتقها بلا نزاع وهم بيعها مسلوبة المنفعة على الصحيح من المذهب .

قال ابن منجا ، وغيره : هذا المذهب . وصححه في النظم .

وقدمه في المستوعب ، والمغني ، والمحرر ، والشرح ، والحارثي ، والفروع ، والهداية والمذهب ، والخلاصة ، والمستوعب ، وغيرهم .

وقطع به القاضي ، وابن عقيل .

وقيل : لا يصح بيعها مطلقا .

وقيل : يصح مالك نفعها لا غير اختاره أبو الخطاب ، وغيره .

وأطلقهن فى الفائق

وهن فى الكافى احتمالات مطلقات

تنبيه : قوله ﴿ وللورثة عتقها ﴾ يعنى مجانا .

أما عتقه عن كفارة : فلا يجزىء على الصحيح من المذهب

قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

وقيل : يجزىء كصدقة مؤجر

وأطلقهما فى التلخيص ، وشرح الحارثى

ومتى قلنا بالجواز — إما مجانا ، وإما عن كفارة ، على هذا القول — فانتفع رب الرقبة به باق .

فائدة : صحة كتابتها مبنى على صحة بيعها

قوله ﴿ ولهم ولاية تزويجها ﴾ .

يعنى للورثة الذين يملكون رقبتها .

والصحيح من المذهب : أن وليها مالك رقبتها

جزم به فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والحارثى ، وصححه ، وغيرهم .

وقيل : وليها مالك رقبتها ومالك المنفعة جميعاً .

فعلى المذهب : لا يزوجها إلا بإذن مالك المنفعة

قاله فى المغنى ، والشرح ، والمجرد ، والفروع ، وغيرهم .

قوله ﴿ وأخذ مهرها فى كل موضع وجب ﴾

يعنى لملاك رقبة ذلك . وهذا اختيار المصنف ، والشيخ تقى .

وجزم به فى الوجيز وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال أصحابنا : مهرها للوصي

يعني : للموصى له بنفعها وهو المذهب .

جزم به في المنور ، وغيره

وقدمه في المحرر ، وغيره

وصححه في النظم ، والحارثي ، وغيرهما

قال في الفائق : هذا قول الجمهور . وأطلقهما في الفروع

وهذه المسألة من غير الغالب الذي ذكرناه في الخطبة من المصطلح في معرفة المذهب .

قوله (وإنْ وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ وَلِلْوَرَثَةِ قِيمَةُ وَلَدِهَا عِنْدَ الْوَضْعِ عَلَى الْوَاطِئِ) يعني لأصحاب الرقبة .

وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب جزم به في الوجيز وغيره

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع والفائق . وغيرهم .

وقيل : يشترى بها ما يقوم مقامها

وأطلقهما في الشرح ، وشرح الحارثي

قوله (وَإِنْ قُتِلَتْ فَلَهُمْ قِيمَتُهَا فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ) .

وتبطل الوصية وهو المذهب صححه في التصحيح وغيره

وجزم به في الوجيز وغيره وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع والفائق وغيرهم

وفي الأخرى يشترى بها ما يقوم مقامها

قدمه في الهداية ، والتبصرة ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة

واختاره القاضي ، والمصنف ، وغيرهما . وأطلقهما في الشرح .

تنبيه : ينبني على الخلاف ما إذا عفا عن قاتله : هل تلزمه القيمة ، أم لا ؟ قاله في الفروع

فائدة : لو قتلها لورثة لزمهم قيمة المنفعة ، ذكره في الانتصار عند الكلام على الخلع بمحرم

قلت : وعموم كلام المصنف ، وغيره من الأصحاب ، أن قتل الوارث كقتل غيره

قوله ﴿ وليس لواحدٍ منهما وطؤها ﴾

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب ، وقطع به كثير منهم

وقال في الترغيب : في جواز وطء مالك الرقبة وجهان

فائدة : لو وطئها واحد منهما فلا حد عليه ، وولده حر

فإن كان الواطئ مالك الرقبة ، صارت أم ولد ، وإلا فلا

وفي وجوب قيمة الولد عليه الوجهان

وكذا لهما على ما تقدم من اختيار المصنف ، واختيار الأصحاب

وقيل : يجب الحد على صاحب المنفعة إذا وطئ

فعلى هذا يكون ولده مملوكا ، وهو احتمال في المغني وغيره

قال في القاعدة الخامسة والثلاثين بعد المائة : لا يجوز للوارث وطؤها إذا كان موصى بمنفعتها على أصح الوجهين ، وهو قول القاضي ، خلافاً لابن عقيل

قوله ﴿ وإن ولدت من زوجٍ ، أو زنًا : فحكمه حكمها ﴾ .

هذا أحد الوجهين

جزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافي ، وشرح ابن منجا .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، والشرح .

وقال المصنف ، والشرح : ويحتمل أن يكون لمالك الرقبة .

قدمه فى المحرر ، والفروع ، والنظم . وجزم به فى المنور

وهذا المذهب على ما اصطلحناه فى الخطبة .

قال فى القاعدة الحادية والعشرين : الولد هل هو كالجزء ، أو كالكسب ؟

والأظهر : أنه كجزء .

ثم قال ، مفرعاً على ذلك : لو ولدت الموصى بمنافعها .

فإن قلنا : الولد كسب . فكله لصاحب المنفعة .

وإن قلنا : هو جزء ، فهو وجهان .

أحدهما : أنه كأمه .

والثانى : أنه للورثة . لأن الأجزاء لهم دون المنافع .

قوله (وفى نفقتها ثلاثة أوجه)

وهى احتمالات فى الهداية .

وأطلقهن فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والكافى ، وشرح ابن منجا .

قال فى الفروع : وفى نفقتها وجهان . انتهى

أحدهما : أنه فى كسبه إن عدم فى بيت المال

قال المصنف ، وتبعه الشارح : فإن لم يكن له كسب فقيل : تجب فى بيت المال . قال الحارثى : هو قول الأصحاب .

وقال المصنف — على القول أنه يكون فى كسبها — هو راجع إلى إيجابها على صاحب المنفعة . وهذا الوجه القاضى فى المجرد .

والوجه الثانى . أنها على مالكها . يعنى : على مالك الرقبة

وهو الذى ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً للإمام أحمد رحمه الله .

وجزم به فى الوجيز ، وأبو الخطاب فى رءوس المسائل ، وابن تكروس ، وغيرهم . وعند القاضى مثله

وقدمه فى الرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير .

والوجه الثالث : أنه على الموصى ، وهو مالك المنفعة وهو المذهب .

صححه فى التصحيح . واختاره المصنف ، والشارح .

وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأزجى

وقدمه فى الخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، وتجريد العناية

قوله ﴿ وفى اعْتِبَارِهَا مِنَ الثُّلُث : وَجْهَانِ ﴾

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، وشرح الحارثى

أحدهما : يعتبر جميعه من الثلث وهو الصحيح

وهو ظاهر كلامه فى الوجيز وصححه فى التصحيح

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق

والوجه الثانى : تُقوَّم منفعتُه ، ثم تقوم مسلوبة المنفعة فيعتبر ما بينهما . اختاره القاضى .

وقدمه فى الخلاصة ، والنظم

وقيل : إن وصى بمنفعة على التأبيد اعتبرت قيمة الرقبة بمنفعتها من الثلث لأن عبداً لا منفعة له لا قيمة له

وإن كانت الوصية بمدة معلومة اعتبرت المنفعة فقط من الثلث . اختاره فى المستوعب .

وأطلقهما فى الفروع أيضاً

فقال : وهل يعتبر خروج المنفعة من ثلثه ، أو ما قيمتها بمنفعها وبدونه ؟

فيها وجهان . وإن وصى بنفعها وقتاً فقيل : كذلك . وقيل : يعتبر وحده من ثلثه لإمكان تقويمه مفرداً . انتهى

وأطلقهن في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

فائدة لو مات الموصى له بنفعها كانت المنفعة لورثته . على الصحيح من المذهب

جزم به في الانتصار في الأجرة بالعقد

وقال : ويحتمل مثله في هبة نفع دار ، وسكناها شهراً : تسليمها . انتهى .

وقدمه في الفروع .

وقيل : بل لورثة الموصى

قلت . وينبغي أن يكون الحكم كذلك فيما إذا مات الموصى له برقبتها : أن تكون الرقبة لوارثه

قوله (وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمُكَاتَبِهِ : صَحَّ . وَيَكُونُ كَمَا لَوِ اشْتَرَاهُ)

على ما يأتي في باب الكتابة وهذا بلا نزاع

(وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمَالِ الكِتَابَةِ ، أَوْ بِنَجْمٍ مِنْهَا : صَحَّ)

وهذا المذهب وعليه الأصحاب

إلا أن القاضي قال في الخلاف — فيمن مات وعليه زكاة — إن الوصية لا تصح بمال الكتابة والعقل ، لأنه غير مستقر

فائدتان

إحداهما : لو قال « ضعوا نجماً من كتابته » فلهم وضع أي نجم شاءوا

وإن قال « ضعوا ما شاء المكاتب » فالكل . على الصحيح من المذهب إذا شاء

وقيل : لا . كما لو قال « ضعوا ما شاء من مالها » .

وإن قال « ضعوا أكثره عليه ، ومثل نصفه » وضع عنه فوق نصفه وفوق ربعه يعني بشرط أن يكون مثل نصف الموضوع أولاً

الثانية : لو أوصى لمكاتبه بأوسط نجومه ـ وكانت النجوم شفعاً متساوية القدر ـ تعلق الوضع بالشفع المتوسط ، كالأربعة ، المتوسطة منها : الثاني والثالث . وكالستة ، المتوسط منها : الثالث والرابع

قال في القواعد الأصولية : ذكره أبو محمد المقدسي ، وغيره

قوله (وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمَالِ الكِتَابَةِ ، أَوْ بِنَجْمٍ مِنْهَا صَحَّ)

بلا نزاع وللموصى له الاستيفاء والإبراء ، ويعتق بأحدهما ، والولاء للسيد فإن عجز : فأراد الوارث تعجيزه ، وأراد الموصى له إنظاره . فالقول قول الوارث وكذا إذا أراد الوارث إنظاره ، وأراد الموصى له تعجيزه : فالحكم للوارث

قوله (وإن وصَّى بِرَقَبَتِهِ لِرَجُلٍ ، وَبِمَا عَلَيْهِ لآخر : صَحَّ فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ . وَإِنْ عَجَز ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الرَّقَبَةِ . وَبَطَلَتْ وَصِيَّةُ صَاحِبِ المَالِ فِيمَا بَقِيَ عَلَيْهِ) .

إذا أدى لصاحب المال ، أو أبرأه منه : عتق وبطلت الوصية على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب

قال الشارح : ويحتمل أن لا تبطل وصية صاحب الرقبة ، ويكون الولاء له لأنه أقامه مقام نفسه ومال إليه وقواه .

فإن عجز : فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقاً له . وبطلت وصية صاحب المال

وإن كان قبض من مال الكتابة شيئاً : فهو له .

قوله (ومَنْ أَوْصَى لَهُ بِشَيْءٍ بِعَيْنِهِ ، فَتَلِفَ قَبْلَ مَوْتِ المُوصِي ، أَوْ بَعْدَهُ : بَطَلَتْ الوَصِيَّةُ) بلا نزاع

﴿ وإنْ تَلِفَ المَالُ كُلُّهُ غَيْرَهُ ، بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي . فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ ﴾

بلا نزاع .

قوله ﴿ وإنْ لَمْ يَأْخُذْهُ زَمَانًا : قُوِّمَ وَقْتَ المَوْتِ ، لا وَقْتَ الأَخْذِ ﴾

يعني : إذا أوصى له بشيء معين فمات وهذا مذهب مطلق . نص عليه ، في رواية ابن منصور .

وقطع به الخرقي ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وقدمه في الفروع ، وغيره

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : قول الخرقي هو قول قدماء الأصحاب وهو أوجه من قول الجد يعني الآتي

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الفروع ، وغيره

وقال في المحرر : إن قيل : يملكه بالموت ، اعتبرت قيمته من التركة بسعره يوم الموت ، على أدنى صفاته من يوم الموت إلى القبول ، سعراً وصفة . انتهى .

فهل ذلك على أن الملك بين الموت والقبول ؟ هل هو للموصى له ، أو للورثة ؟ على ما تقدم في كتاب الوصايا في الفوائد المبنية على قوله « وإن قبله بعد الموت ثبت الملك حين القبول » وذكرنا هناك أيضاً

قوله ﴿ وإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ سِوَى المُعَيَّنِ ، إلاَّ مَالٌ غَائِبٌ ، أَوْ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ مُوسِرٍ أَوْ مُعْسِرٍ : فَلِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُ المُوصَى بِهِ ، وَكُلَّمَا اقْتُضِيَ مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ ، أَوْ حَضَرَ مِنَ الغَائِبِ شَيْءٌ : مَلَكَ مِنَ المُوصَى بِهِ بِقَدْرِ ثُلُثِهِ حَتَّى يَمْلِكَهُ كُلَّهُ ، وَكَذَلِكَ الحُكْمُ فِي المُدَبَّرِ ﴾

هذا المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به في الوجيز، والمحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم

وقدمه في المغني، والشرح، ونصراه

وذكره الخرقي في المدبر. وقدمه في الفائق، والحارثي

وقال: قاله الأصحاب. وصححه.

وقيل: لا يدفع إليه شيء، بل يوقف لأن للورثة شركاؤه في التركة فلا يحصل له شيء ما لم يحصل للورثة مثلاه

قلت: وهذا بعيد جداً فإنه إذا أخذ ثلث هذا المعين، بقي ثلثاه فإن لم يحصل من المال الغائب والدين شيء أبيته: فللورثة الباقي من هذا الموصى به فما يحصل للموصى له شيء إلا وللورثة مثلاه

غايته: أنه غير معين، ولا يضر ذلك.

فعلى المذهب: تعتبر قيمة الحاصل بسعره يوم الموت على أدنى صفته، من يوم الموت إلى يوم الحصول

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثُلُثِ عَبْدٍ، فَاسْتُحِقَّ ثُلُثَاهُ. فَلَهُ الثُّلُثُ الْبَاقِي ﴾

يعني: إذا خرج من ثلث التركة. قاله الأصحاب

وهذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به في المغني، والشرح، والوجيز، وشرح الحارثي، والفائق وغيرهم

وقدمه في الفروع، وغيره

وقيل: له ثلث ثلثه لا غير.

فائدة: مثل ذلك: لو أوصى بثلث صبرة من مكيل أو موزون، فتلف، أو استحق ثلثاها، خلافاً ومذهباً.

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثُلُثِ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ، فَاسْتُحِقَّ اثْنَانِ، أَوْ مَاتَا. فَلَهُ ثُلُثُ الْبَاقِي ﴾

هذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في المحرر، والنظم، والفروع، والفائق، والحارثي، وغيرهم

وقيل: جميعه له إذا لم يجاوز ثلث قيمتها.

قوله ﴿ وإنْ وَصَّى لَهُ بِعَبْدٍ لا يَمْلِكُ غَيْرَهُ، قِيمَتُهُ مائَةٌ. وَلآخَرَ بِثُلُثِ مالِهِ. ومِلْكُهُ غَيْرُ العَبْدِ مائَتانِ. فَأَجازَ الوَرَثَةُ: فَلِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ ثُلُثُ المائَتَيْنِ ورُبُعُ العَبْدِ. ولِلْمُوصَى لَهُ بِالعَبْدِ: ثَلاثَةُ أَرْباعِهِ ﴾.

وهذا المذهب ـ أعني ـ في المزاحمة في العبد ـ وعليه الأصحاب: الخرقي، فمن بعده

قال الشارح: وهو قول سائر الأصحاب.

قال ابن رجب: وتبع الخرقي على ذلك: ابن حامد، والقاضي، والأصحاب.

ثم قال: فهذا قد يحمل على ما إذا كانت الوصيتان في وقتين مختلفين. ولا إشكال على هذا.

وإن حمل على إطلاقه ـ وهو الذي اقتضاه كلام الأكثرين ـ فهو وجه آخر.

ثم قال: ونصوص الإمام أحمد رحمه الله وأصوله: مخالفة لذلك

ثم قال: وقد ذكر ابن حامد: أن الأصحاب استشكلوا مسألة الخرقي، وأنكروها عليه، ونسبوه إلى التفرد بها

ذكر ذلك في القاعدة التاسعة عشر بعد المائة.

قوله ﴿ وإنْ رَدُّوا، فَقالَ الخِرَقِيُّ: لِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ سُدُسُ المائَتَيْنِ وسُدُسُ العَبْدِ. ولِلْمُوصَى لَهُ بِالعَبْدِ: نِصْفُهُ ﴾.

وهذا الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب.

قال الحارثي: هو قول الخرقي، ومعظم الأصحاب

قال الزركشي: هو قول جمهور الأصحاب

وجزم به فى الوجيز ، وغيره

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والزركشى ، وغيرهم .

قال المصنف : وعندى أنه يقسم الثلث بينهما على حسب مالهما فى حال الإجارة لصاحب الثلث : خمس المائتين ، وعشر العبد ، ونصف عشره ولصاحب العبد تسعه وخمسه

وهو تخريج فى المحرر

قال فى القاعدة الخامسة عشر : وفى تخريج صاحب المحرر نظر ـ وذكره .

قوله ﴿ وإنْ كانتِ الوَصِيَّةُ بالنِّصْفِ ، فكانَ الثُّلُثِ . فرَدُّوا . فلِصَاحِبِ النِّصْفِ رُبُعُ المائتَيْنِ وسُدُسُ العَبْدِ ولِصَاحِبِ العَبْدِ ثُلُثُهُ ﴾

وهذا اختيار المصنف ، وجزم به فى الوجيز .

وافق المصنف هنا ، وخالفه فى التى قبلها . وهو غريب .

وقال أبو الخطاب : لصاحب النصف : خمس المائتين ، وخمس العبد ولصاحب العبد : خمسا . وهو قياس قول الخرقى . وهو الصحيح .

قال الزركشى : وهو قول الجمهور .

قوله ﴿ وَإنْ وَصَّى لرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَلآخَرَ بمائةٍ ، ولِثالِثٍ بتَمامِ الثُّلُثِ عَلَى المائةِ . فلَمْ يَزِدِ الثُّلُثُ ﴾

يعنى . الثلث الثانى

﴿ عن المائةِ بَطلتْ وَصِيَّةُ صَاحِبِ التَّمامِ وقُسِّمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الآخرينِ عَلَى قدْرِ وصِيَّتِهما . وإنْ زادَ على المائةِ ، فأجَازَ الورَثَةُ : نَفَذَتِ الوصِيَّةُ عَلَى ما قالَ المُوصِى وإنْ رَدُّوا فلِكُلِّ واحِدٍ نِصْفُ وصِيَّتِهِ عِنْدِى ﴾ .

وجزم به فى الوجيز

وقدمه فى النظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والدانى

وقال القاضى : ليس لصاحب الخمس شىء ، حتى يكمل المائة لصاحبها ثم يكون له ما فضل عنها . ويجوز أن يزاحم به . ولا يحلى ، كولد الأب مع ولد الأبوين فى مزاحمة الجد .

قال الحارثى : الأصح ما قال القاضى ـ واختاره فى المحرر ـ إذا جاور الثلث مائتين .

قال فى الفروع ، وقيل : إن جاور المائتين فللموصى له بالثلث : نصف وصيته له . وللموصى له بمائة : مائة . وللثالث : نصف الزائد .

وإن جاور مائة : فللموصى له الأول : نصف وصيته ، وللموصى له الثانى : بقية الثلث مع معادلته بالثالث . انتهى

وقال فى المحرر : وعندى تبطل وصية المتمم لهما . ويقتسم الآخران الثلث ، كما لا وصية لغيرهما . كما إذا لم يجاور الثلث مائة .

وأطلقهما فى الشرح .

وقيل : إن جاور الثلث مائتين : فللموصى له بثلث ماله : نصف وصيته ، ولصاحب مائة : مائة وللثالث : نصف زائد .

وأطلقهن فى الفروع .

باب الوصية بالأنصباء والأجزاء

قوله ﴿ إِذَا وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ مُعَيَّنٍ . فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِهِ مَضْمُومًا إِلَى الْمَسْأَلَةِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب وقطع به كثير منهم .

وفي الفصول احتمال ، ولو لم يرثه ذلك الذي أوصى بمثل نصيبه ، مانع له ، من رق وغيره .

وقال في الفائق : والمختار له مثل نصيب أحدهم غير مراد ويقسم الباقي .

فإذا وصى بمثل نصيب ابنه ، وله ابنان فله الثلث . على المذهب . وله النصف على ما اختاره في الفائق ويقسم النصف الباقي بين الابنين . وله قوة .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِنَصِيبِ ابْنِهِ . فَكَذَلِكَ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾

يعني له مثل نصيبه في أحد الوجهين . وهو المذهب .

جزم به القاضي في الجامع الصغير ، والشريف ، وأبو الخطاب في خلافيهما ، والشيرازي .

ومال إليه المصنف ، والمجد ، والشارح ، وغيرهم .

قال في المذهب ، وغيره : صحت الوصية في ظاهر المذهب .

قال الحارثي : هو الصحيح عندهم

وفي الآخر : لا تصح الوصية .

وهو الذي ذكره القاضي

قال الزركشي : قاله القاضي في المجرد .

قلت الحارثي : لكن رجع عنه .

فائدة : لو وصى له بمثل نصيب ولده ، وله ابن وبنت ، فله مثل نصيب البنت نقله ابن الحكم ، واقتصر عليه في الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِضِعْفِ نَصِيبِ ابْنِهِ ، أَوْ بِضِعْفَيْهِ : فَلَهُ مِثْلُهُ مَرَّتَيْنِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثَلَاثَةِ أَضْعَافِهِ : فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ ﴾ .

قال المصنف : هذا هو الصحيح عندى .

واختاره الشارح ، وصاحب الحاوى الصغير .

وقال أصحابنا : ضِعفاه ثلاثة أمثاله ، وثلاثة أضعافه : أربعة أمثاله . كل زاد ضعفا زاد مرة واحدة

وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وحرم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ لَوْ كَانَ : فَلَهُ مِثْلُ مَالَهُ لَوْ كَانَتِ الوَصِيَّةُ وَهُوَ مَوْجُودٌ . فَإِذَا كَانَ الوَرَثَةُ أَرْبَعَةَ بَنِينَ . فَلِلْمُوصَى له السُّدُسُ ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً فَلَهُ الخُمُسُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب

وقال الحارثى ، وعن بعض أصحابنا : إقامة الوصى مقام الابن المقدر . انتهى

قوله ﴿ ولَوْ كَانُوا أَرْبَعَةً ، فَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ خَامِسٍ لَوْ كَانَ ، إِلَّا مِثْلَ نَصِيبِ سَادِسٍ لَوْ كَانَ . فَقَدْ أَوْصَى لَهُ بِالخُمُسِ إِلَّا السُّدُسَ بَعْدَ الوَصِيَّةِ ﴾ .

هكذا موجود فى النسخ المعروفة المشهورة .

ووجد فى نسخة مقروءة على المصنف ، وعليها خطه « لو كانوا أربعة فأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا مثل نصف ابن خامس لو كان »

قال الناظم : وفى بعض النسخ المقروءة على المصنف « وصى بمثل نصيب أحدهم إلا مثل نصيب ابن سادس لو كان » .

قال : فعلى هذا : يصح أنه وصى بالخمس إلا السدس .

قال في الفروع : كذا قال .

وهو كما قال صاحب الفروع .

فإنه — على ما قاله الناظم في النسخة المقروءة على المصنف — إنما يكون أوصى له بالخمس إلا السبع ، على ما قاله الأصحاب في قواعدهم . فلذلك لم يرتضه صاحب الفروع منه

واعلم أن النسخ المعروفة المعتمد عليها : ما قلناه أولا ، وعليها شرح الشارح وابن منجا .

لكن قوله « فقد أوصى بالخمس إلا السدس » مشكل على قواعد الأصحاب ، ومخالف لطريقتهم في ذلك وأشباهه

بل قياس ما ذكره الأصحاب في هذه المسألة أن يكون قد أوصى له بالسدس إلا السبع فيكون له سهم من اثنين وأربعين

وكذا قال الحارثي ، وصاحب الفروع ، وغيرهما

لكن في الفروع « سهمان من اثنين وأربعين » وهو سبقة قلم . والله أعلم

وأجاب الحارثي عن ذلك ، فقال : قولهم « أوصى بالخمس إلا السدس » صحيح . باعتبار أن له نصيب الخامس المقدر غير مضموم ، وأن النصيب هو المستثنى . وهو طريقة الشافعية . انتهى

قلت : وهو موافق لما اختاره في الفائق ، فيما إذا أوصى له بمثل نصيب وارث على ما تقدم .

قال في الفروع : وما قاله الحارثي صحيح يؤيده أن في نسخة مقروءة على الشيخ « أربعة أوصى بمثل نصيب أحدهم ، إلا بمثل نصيب ابن خامس ، لو كان فقد أوصى له بالخمس إلا السدس » .

قال : ويوافق هذا قول ابن رزين في اثنين ، ووصى بمثل نصيب ابن ثالث

لو كان : له الربع وإلا مثل نصيب رابع ، لو كان ، من واحد وعشرين . انتهى .

فكأن صاحب الفروع فسر النسخة الأولى المعتمدة المشكلة على طريقة الأصحاب بهذه النسخة .

والذى يظهر — بل هو كالصريح فى ذلك — : أن معناها مختلف ، وأن النسخة الأولى وقع فيها طريقة أصحاب الإمام الشافعى رحمه الله .

وهذه النسخة تبع فيها طريقة الأصحاب ، ولعله فى النسخة الأولى اختار ذلك ، أو يكون ذلك مجرد متابعة لغيره . فلما ظهر له ذلك اعتمد على النسخة الموافقة لقواعد المذهب والأصحاب ، وهو أولى .

فتحصل لنا : أن المصنف وجد له ثلاث نسخ مختلفة ، قرئت عليه

إحداها : الأولى . وهى المشكلة على قواعد الأصحاب . ولذلك أجاب عنها الحارثى .

والثانية : ماذكرها الناظم . وتقدم ما فسرها به .

والتفسير أبعد مشكل على قواعد الأصحاب ولذلك رده فى الفروع

وتقدم أن قواعد الأصحاب : تقتضى — على هذه النسخة — أنه أوصى بالخمس إلا السدس ، وتفسيره موافق لطريقة أصحاب الإمام الشافعى ، وما اختاره فى الدقائق

والثالثة : فيها « أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا بمثل نصيب ابن خامس » فهذه النسخة صحيحة على قياس طريقة الأصحاب . ويكون قد أوصى له بالخمس إلا السدس . وهو موافق لما فسر وأولى من النسخ المعروفة . والله أعلم

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ . فَفِيهِ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ ﴾ .

وظاهر الهداية ، والمستوعب : إطلاقهن .

وأطلقهن فى المذهب ، وتجريد العناية .

إحداهن : له السدس بمنزلة سدس معروض .

إن لم تكمل فروض المسألة ، أو كانوا عصبة : أعطى سدساً كاملا

وإن كملت فروضها - أعيلت به ، وإن عالت : أعيل معها . وهو المذهب .

نقله ابن منصور ، وحرب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضي ، وأصحابه ، كالشريف ، وأبي الخطاب ، وابن عقيل ، والشيرازي وغيرهم

وفسر الزركشي كلام الخرقي بذلك .

قال الحارثي : هذا أصح عند عامة الأصحاب

وجزم به في الوجيز ، ومنتخب الأرجي ، وغيرهما

وقدمه في النظم ، والفروع ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والمذهب ، وغيرهم

وهو من المفردات . قال ناظمها :

من قال في الإبصار لزيد سهم فالسدس يعطى حيث كان القسم

والرواية الثانية : له سهم مما تصح منه المسألة ، مما لم يرد على السدس .

والرواية التي ذكرها الخرقي وغيره : ليس فيها « مما لم يرد على السدس » بل قالوا : يعطى سهماً مما تصح منه الفريضة

لكن قال القاضي : معناه مما لم يرد على السدس . فإن رد عليه : أعطى السدس . ورد الحارثي ما قال القاضي

قال في الفروع : وعنه له سهم واحد ، مما تصح منه المسألة ، معصوماً إليها . اختاره الخرقي . انتهى .

قلت : ليس الأمر كما قال . فإن الخرقي قال : وإذا أوصى له بسهم من ماله ، أعطي السدس

وقد روى عن أبي عبد الله رواية أخرى : يعطى سهما مما تصح منه الفريضة انتهى . فالظاهر : أنه سقطة قلم .

والرواية الثالثة : له مثل نصيب أقل الورثة مما رد على السدس

واختار الخلال وصاحبه : له مثل نصيب أقل الورثة . سواء كان أقل من السدس أو أكثر

قال فى الهداية ، فى تتمة الرواية - فإن زاد على السدس : أعطى السدس وهو قول الخلال ، وصاحبه انتهى .

وقيل : يعطى سدساً كاملا .

أطلقه الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حرب .

وأطلقه الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمحرر ، وجماعة

وهو كالصريح فى المنور ، فإنه قال : وإن وصى بسهم من ماله : أعطى سدسه

وقال المصنف فى المغنى ، والشارح : والذى يقتضيه القياس : أنه إن صح أن السهم فى لسان العرب السدس أو صح حديث . وهو أنه - عليه أفضل الصلاة والسلام - « أعطى رجلا أوصى له بسهم من ماله السدس » فهو كما لو أوصى بسدس من ماله وإلا فهو كما لو أوصى بخمس من ماله . على ما اختاره الإمام الشافعى ، وابن منذر رحمهما الله تعالى أن الثلث يعطونه ما شاءوا

تنبيه : قول المصنف ، فى الرواية الثانية والثالثة « فما زاد على السدس »

قاله القاضى ، وجماعة من الأصحاب منهم : المصنف

وأصح الوجهين الروايتين وقوله الخرقى

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير - على الرواية الثانية ، والثالثة - له السدس ، وإن جاوزه فوصى به

قوله ﴿ وإنْ وصَّى لِرَجُلٍ بِجَمِيعِ مالِهِ ، ولآخَرَ بِنِصْفِهِ فالمالُ بَيْنَهُما عَلَى ثلاثةٍ ، إنْ أُجِيزَ لَهُما . والثُّلُثُ عَلَى ثلاثةٍ مَعَ الرَّدِّ ﴾ .

هذا المذهب وعليه الأصحاب

وفى الترغيب وجه فيمن أوصى بماله لزيد ، ولآخر بثلثه ، وأجيز : فللأجنبى ثلثه . ومع الرد : هل الثلث بينهما على أربعة ، أو على ثلاثة ، أو هو للأجنبى ؟ فيه الخلاف

قوله ﴿ فَإِنْ أُجِيزَ لِصَاحِبِ المَالِ وَحْدَهُ ، فَلِصَاحِبِ النِّصْفِ التُّسْعُ وَالْبَاقِي لِصَاحِبِ المَالِ ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب صححه في التصحيح ، والمحرر .

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الفروع ، وغيره

وفي الآخر : ليس له إلا ثلث المال الذي كان له في حال الإجازة لهما ويبقى التسعان للورثة .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير

وأطلقهما في الشرح ، والفائق ، والقواعد

تنبيه : قوله ﴿ لَيْسَ لَهُ إِلَّا ثُلُثَا المَالِ الَّتِي كَانَتْ لَهُ فِي حَالِ الإِجَازَةِ ﴾

كذا وجد بخط المصنف رحمه الله .

وكان الأصل أن يقول « إلا ثلثا المال اللتان كانتا له في حال الإجازة » بتثنية « التي » وضمير التثنية في « كان » لأن الصفة والضمير يشترط مطابقة كل واحد منهما لمن هو له ، وإنما أفردا وأنثا باعتبار المعنى ، أي : السهام الستة التي كانت له ، نص على ذلك في المطلع

قوله ﴿ وَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ النِّصْفِ وَحْدَهُ فَلَهُ النِّصْفُ عَلَى الوَجْهِ ، الأَوَّلِ ﴾ وهو المذهب .

وعلى الوجه الثاني له الثلث ولصاحب المال التسعان .

والوجهان الآتيان في كلام المصنف ـ بعد هذا ـ مبنيان على الوجهين المتقدمين . وقد علمت المذهب منهما

قوله ﴿ إِذَا اخْتَلَفَ ابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَلِآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنٍ . فَفِيهَا وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما في المغني، والكافي، والمحرر، والشرح، والفروع

أحدهما: (لِصاحِبِ النَّصيبِ ثُلُثُ مالٍ عِنْدَ الإجازَةِ، وَعِنْدَ الرَّدِّ: يُقْسَمُ الثُّلُثُ بَيْنَ الوَصِيَّيْنِ نِصْفَيْنِ) وهو مذهب.

قال في الهداية: هذا قياس المذهب عندي

وجزم به في الوجيز. وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير.

والوجه الثاني (لِصاحِبِ النَّصيبِ مِثْلُ ما يَحْصُلُ لابْنٍ، وَهُوَ ثُلُثُ الباقي، وَذلِكَ التِّسْعانِ عِنْدَ الإجازَةِ، وَعِنْدَ الرَّدِّ: يُقْسَمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُما عَلَى خَمْسَةٍ)

وهو احتمال في الهداية. وقدمه في المستوعب

قال الحارثي: وهذا أصح للآمرية

قوله (وإنْ كانَ الجُزْءُ المُوصَى بِهِ النِّصْفَ خَرَجَ فيها وَجْهٌ ثالِثٌ وَهُوَ أنْ يَكُونَ لِصاحِبِ النَّصيبِ في حالِ الإجازَةِ ثُلُثُ الثُّلُثَيْنِ، وَفي الرَّدِّ يُقْسَمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُما عَلَى ثَلاثَةَ عَشَرَ لِصاحِبِ النِّصْفِ تِسْعَةٌ، وَلِصاحِبِ النَّصيبِ أَرْبَعَةٌ) والمذهب الأول.

قال الحارثي: عن الوجه الثالث وليس بالقوي. وأطلقهن في الشرح

والمسائل المفرعة بعد ذلك: مبنية على الخلاف هنا. وقد علمت المذهب هنا

فائدة جليلة: قوله (وإنْ خَلَّفَ أُمًّا وَبِنْتًا وَأُخْتًا، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصيبِ الأُمِّ وَسُبْعِ ما يَبْقَى، وَلآخَرَ بِمِثْلِ نَصيبِ الأُخْتِ وَرُبْعِ ما يَبْقَى، وَلآخَرَ بِمِثْلِ نَصيبِ البِنْتِ وَثُلُثِ ما يَبْقَى، فَقُلْ: مَسْأَلَةُ الوَرَثَةِ مِنْ سِتَّةٍ. وَهِيَ بَقِيَّةُ مالٍ ذَهَبَ ثُلُثُهُ، فَرُدَّ عَلَيْهِ مِثْلَ نِصْفِهِ ثَلاثَةً. ثُمَّ رُدَّ مِثْلَ نَصيبِ البِنْتِ: يَكُنِ اثْنَيْ عَشَرَ. فَهِيَ بَقِيَّةُ مالٍ ذَهَبَ رُبُعُهُ. فَرُدَّ عَلَيْهِ مِثْلَ ثُلُثِهِ، وَمِثْلَ نَصيبِ الأُخْتِ: صارَتْ ثَمانِيَةَ عَشَرَ. وَهِيَ

بقيةُ مالٍ ذهَبَ سُبُعُهُ فَزِدْ عَلَيْهِ سُدُسَهُ ، وَمِثْلَ نَصِيبِ الأُمِّ - يَكُنْ اثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ) .

هذه الطريقة تسمى « طريقة المكوس » وهي غير مطردة .

وفيها طريقة مطردة ولم أرها مسطورة في كلام الأصحاب ولكن أوردتها بعض مشايخنا

وذلك أن تقول تكسر سهم على ثلاثة ، وأربعة ، وستة .

وهذه الأعداد متباينة فاضرب بعضها في بعض تبلغ أربعة وثمانين . ثلثها ثمانية وعشرون ورُبعها أحد وعشرون وسدسها اثنى عشرة . ومجموع ذلك أحد وستون تبقى بعد ذلك ثلاثة وعشرون ، وهو النصيب فاحفظه

ثم انظر إلى نصيب البنت — وهو ثلاثة — تلقى ثلثه ، وهو واحد ، تبقى اثنان ، وتبقى من نصيب الأخت ربعه . وهو نصف سهم تبقى سهم ونصف وتبقى من نصيب الأم سدسه وهو نصف سهم . تبقى ستة أنصاف . فتجمع الباقي بعد الذي ألقيته من نصيب البنات ، يكون أربعة أسهم ونصف ونصف سبع فتصفيها إن المسألة ، وهي ست ، يكون المجموع عشرة أسهم وسبعين ونصف سبع فاضرب ذلك في أربعة وثمانين التي خصصت من مخرج الكسور : يكون ثمانمائة وسبعين . وهي تصح

للوصي له بمثل نصيب الأم سهم من ستة ، مضروب في النصيب . وهو ثلاثة وعشرون يكون ذلك ثلاثة وعشرين سهما ، وله سبع الباقي من الثمانمائة والسبعين ، وهو مائة وأحد وعشرون . بلغ المجموع له مائة وأربعة وأربعين .

وللوصي له بمثل نصيب الأخت سهمان من ستة ، مضروبان في النصيب . تبلغ ستة وأربعين وله ربع الباقي من الثمانمائة والسبعين وقدره مائتان وستة . يكون المجموع له مائتين واثنين وخمسين .

وللوصي له بمثل نصيب البنت : ثلاثة ، مضروبة في ثلاثة وعشرين . بلغ

تسعة وستين . وله ثلث الباقي من الثمانمائة والسبعين ، وقدره مائتان وسبعة وستون . يكون المجموع له ثلاثمائة وستة وثلاثين

فمجموع سهام الموصى لهم سبعمائة واثنان وثلاثون سهما . والباقي للورثة ، وقدره مائة وثمانية وثلاثون سهما

للأم السدس من ذلك ، وقدره ثلاثة وعشرون سهما

وللأخت الثلث ، وقدره ستة وأربعون سهما

وللبنت النصف ، وقدره تسعة وستون سهما . والله أعلم .

وإن أردت أن تعطي الموصى له بمثل نصيب البنت وثلث ما يبقى أولا ، أو الموصى له بمثل نصيب الأخت وربع ما يبقى : فافعل كما قلنا ، يصح العمل معك بخلاف طريقة المصنف . فإنها لا تعمل إلا على طريقة واحدة . وهي التي ذكرها

فأحببت أن أذكر هذه الطريقة لتعرف ، ويقاس عليها ما شابهها لاطرادها . والله الموفق

واستمر بنا على هذه الطريقة مدة طويلة إلى سنة سبع وسبعين وثمانمائة . ثم سافرت إلى بيت المقدس للزيارة . وكان فيها رجل من الأفاضل المحررين في الفرائض والأوصياء فسألته عن هذه المسألة ؟ فتردد فيها . وذكر لنا طريقة حسنة موافقة لقواعد الفرضيين .

وكنت قبل ذلك قد كتبت الأولى في التنقيح ، كما في الأصل

فلما تحرر عندنا أن الطريقة التي قالها هذا الفاضل أولى وأصح : أضربنا عن هذه التي في الأصل

وأثبتنا هذه . وهي المعتمد عليها

وقد تبين لي أن هذه الطريقة التي في الأصل غير صحيحة . وإنما هي عمل ، يصح قسمتها مطلقا ، من غير نظر إلى ما يحصل لكل واحد

وقد كتبت عليها ما يبين ضعفها من صحتها في غير هذا الموضع . وتعرف بالتأمل عند النظر . وأثبت هذه الطريقة وضربت على الأولى التي في الأصل هنا . فليحرر

باب الموصى اليه

فائدة : الدخول فى الوصية للقوى عليها : قربة

وقال فى المغنى : قياس مذهبه أن تركه الدخول أولى انتهى .

قلت : وهو الصواب ، لاسيما فى هذه الأزمنة

تنبيه : شمل قوله ﴿ تصح وصية المسلم إلى كل مسلم عاقل عدل ﴾ .

العدل الظاهر إذا كان أميناً . وهو صحيح وهو المذهب

قطع به أكثر الأصحاب . وحكاه المصنف ، والشارح إجماعاً

لكن قيده صاحب الرعاية بظاهر العدالة . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الترغيب : لا تصح واختار ابن عقيل إبداله

وقال فى الكافى : للحاكم إبداله .

قوله ﴿ وإن كان عبداً ﴾ .

تصح الوصية إلى العبد ، لكن لا يقبل إلا بإذن سيده

ذكره القاضى فى التعليق ، ومن بعده .

وتصح إلى عبد نفسه . قاله ابن حامد .

وتابعه فى الكافى ، والرعايتين ، والفائق ، وغيرهم .

وقطع به الزركشى وغيره .

قال فى القواعد الأصولية : هذا مذهبنا

قال فى الفروع : تصح الوصية إلى رشيد عدل ، ولو رقيق

قال القاضى : قياس مذهب يقتضى ذلك

تنبيهان

الأول : يحتمل أن يكون مراد المصنف بالعدل : العدل مطلقا . فيشمل مستور الحال وهو المذهب

ويحتمل أن يريد العدل ظاهراً وباطناً وهو قول في المذهب

الثاني : ظاهر كلام المصنف عدم صحة وصية المسلم إلى كافر وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب

وذكر المجد في شرحه أن القاضي ذكر في تعليقه مايدل على أنه اختار صحة الوصية نقله الحارثي

قوله ﴿ أَوْ مُرَاهِقًا ﴾ .

قطع المصنف هنا بصحة الوصية إلى المراهق وهو إحدى الروايتين .

قال القاضي : قياس المذهب صحة الوصية إلى المميز

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وشرح ابن منجا ، ومنتخب الأدمي .

قال في القواعد الأصولية : قال هذا كثير من الأصحاب

قال الحارثي : هو قول أكثر الأصحاب

وعنه : لاتصح إليه حتى يبلغ . وهو المذهب .

اختاره المصنف ، والشارح ، والمجد ، وغيرهم

قال في الوجيز مكلف

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والنظم ، والفائق ، وغيرهم .

وجزم به في المنور ، وغيره وأطلقهما الزركشي

قال في الكافي : وفي الوصية إلى الصبي العاقل وجهان

تنبيه : ظاهر تقييد المصنف بالمراهق : أنها لاتصح إلى مميز قبل أن يراهق وهو ظاهر كلامه في الهداية ، وغيرها

وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه فى الرعاية ، والمحرر ، والفروع ، والمذهب ، وغيرهم

وعنه : تصح ، قاله كثير من الأصحاب

قال القاضى : هذا قياس المذهب كما تقدم .

وقال : هل يصح أن يوصى إليه عند موته قبل أن يسمع ؟ وهو يوصى المنتظر

فائدتان

إحداهما : لا تصح الوصية إلى السفيه ، على الصحيح من المذهب ، وعنه تصح

الثانية ، لا نظر للحاكم مع وصى خاص إذا كان كفؤاً فى ذلك .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله — فيما أوصى إليه إخراج حجة — أن ولاية إخراجها والتعيين للنظر الخاص إجماعاً ، وإنما للولى العام الاعتراض ، لعدم أهليته ، أو فعله محرما .

قال فى الفروع : فظاهره لا نظر ولا ضم مع وصى متهم ، وهو ظاهر كلام جماعة

وتقدم كلامه فى ناظر الوقف ، فى كتاب الوقف

ونقل ابن منصور ، إذا كان الوصى متهماً ، أخرج من يده ، ويجعل معه آخر

ونقل يوسف بن موسى : إن كان الوصى متهماً ضم إليه رجل يرضاه أهل الوقف ، يعلم ما يجرى ، ولا يدع الوصية معه

ثم إن ضمه بأجرة من الوصية : توجه جوازه ، ومن الوصى فيه نظر ، بخلاف ضمه مع فاسق ، قاله فى الفروع

قوله (وَلَا تَصِحُّ إِلَى غَيْرِهِ)

قدم المصنف هنا أنه لا تصح إلى فاسق ، وهو صحيح ، وهو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب

منهم : القاضى ، وعامة أصحابه منهم : الشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ،

والشيرازى ، وابن عقيل فى التذكرة ، وابن البنا ، وغيرهم

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والهداية ، والخلاصة ، والنظم

ونصره المصنف ، والشارح

وعنه : تصح إلى الفاسق . ويضم إليه الحاكم أميناً .

قاله الخرقى ، وابن أبى موسى

وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وهذا من غير الغالب الذى قدمه فى الفروع

قال القاضى : هذه الرواية محمولة على من طرأ فسقه بعد الوصية .

وقيل : تصح إلى الفاسق إذا طرأ عليه ويضم إليه أمين .

اختاره جماعة من الأصحاب .

وعنه : تصح إليه من غير ضم أمين . حكاها أبو الخطاب فى خلافه .

قلت : وهو بعيد جداً

قال فى الخلاصة : ويشترط فى الوصى العدالة .

وعنه تصح إلى الفاسق أمين

ويأتى : هل تصح الوصية إلى الكافر فى آخر الباب ؟

قوله (وإِنْ كانُوا عَلَى غَيْرِ هذِهِ الصِّفَاتِ ، ثُمَّ وُجِدَتْ عِنْدَ المَوْتِ : فَهَلْ تَصِحُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمحرر ، والزركشى ، والقواعد الفقهية

علم أن فى هذه المسألة أوجهاً

أحدها : يشترط وجود هذه الصفات عند الوصية والموت ، وما بينهما .

وهو احتمال فى الرعاية ، و قول فى الفروع ، ووجه للقاضى فى المجرد .

والثانى : يكفى وجودها عند الموت فقط وهو أحد وجهى المصنف .

صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، والمنور

والثالث : يعتبر وجودها عند الموت والوصية فقط وهو المذهب ، وهو ظاهر كلام ابن عبدوس فى تذكرته .

ونصره المصنف ، والشارح .

وقدمه فى النظم ، والفروع .

و يحتمله الوجه الثانى للمصنف

والرابع : يكفى وجودها عند الوصية فقط . وهو احتمال فى الرعاية ، وتخريج فى الفائق .

وهو ظاهر ماقدمه فى تجريد العناية وينضم إليه أمين

قال فى الرعاية : ومن كان أهلا عند موت الموصى ، لاعند الوصية إليه : فوجهان . ومن كان أهلا عند الوصية إليه ، فزالت عند موت الموصى : بطلت .

قلت : ويحتمل أن يضم إليه أمين

فإن كان أهلا عند الوصية ثم زالت ، ثم عادت عند الموت : صحت

وفيها احتمال ، كما لو زالت بعد الموت ثم عادت انتهى

قوله ﴿ وَإِذَا أَوْصَى إِلَى وَاحِدٍ ، و بَعْدَهُ إِلَى آخَرَ . فَهُمَا وَصِيَّتَانِ ﴾

نص عليه .

﴿ إِلَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَخْرَجْتُ الأَوَّلَ ﴾

نص عليه .

﴿ وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الانْفِرَادُ بِالتَّصَرُّفِ ، إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ ﴾

نص عليه وذكر الحرقى مايدل على رواية بالجواز

وتقدم الكلام فيما إذا جعل النظر فى الوقف لاثنين ، أو كان لهما بأصل الاستحقاق ، فى كتاب الوقف ، بعد قوله « ويرجع إلى شرط الواقف » وهذا يشبه ذلك

فائدة لو وصى إلى اثنين فى التصرف وأريد اجتماعهما على ذلك .

قال بعض من الفقهاء من قال : ليس المراد من الاجتماع تلفظهما بصيغ العقود بل المراد صدوره عن رأيهما . ثم لافرق بين أن يباشر أحدهما ، أو الغير بإذنهما ، ولم يخالف الحارثى هذا القائل .

قلت وهو الظاهر . وأنه يكفى بدءُ أحدهما الوكيلَ فى صدور العقد مع حضور الآخر ، ورضاه بذلك .

ولا يشترط توكيل الاثنين . كما هو ظاهر كلامه الأول

قوله ﴿ فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا . أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ أَمِينًا ﴾ .

وكذا لو وجد مايوجب عزله . بلا نزاع

قال المصنف : أو غاب . لكن لو مات ، أو وجد منهما مايوجب عزلهما ، فى الاكتفاء بواحد وجهان

وأطلقهما فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، والفروع ، والحاوى الصغير والزركشي

قال فى الفائق : ولو مات جاز إقامة واحد فى أصح الروايتين

قال فى الرعاية الكبرى وإن وجد منهما مايوجب عزلهما . جاز أن يقيم الحاكم بدلهما واحداً فى الأصح

وقال فى الرعاية الصغرى : وإن مات جاز أن يقيم الحاكم واحداً فى الأصح

قال ابن رزين فى شرحه : فإن غير حاكم فله نصب واحد

وقيل : لا ينصب إلا اثنين .

تنبيه : هذه الأحكام المتقدمة : إذا لم يجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً

فأما إن جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً ـ كما صرح به المصنف ـ فمات أحدهما ، أو خرج من أهلية الوصية : لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه ، إلا أن يعجز عن التصرف وحده .

وإن مات معاً ، أو خرجا من الوصية : فللحاكم أن يقيم واحداً .

ولو حدث عجز لضعف ، أو علة ، أو كثرة عمل ونحوه ، ولم يكن لكل واحد منهما التصرف منفرداً : ضم أمين . جزم به في المغني ، والشرح .

قال ابن رزين : ضم إليه أمين . ولم يعزل إجماعاً .

وقيل : له ذلك . وأطلقهما في الفروع .

قوله ﴿ وكذلك إن فسق ﴾ .

يعني أقام الحاكم مقامه أميناً ويعزل

فشمل كلام المصنف صورتين :

إحداهما : أن يكون وصياً منفرداً .

الثانية : أن يكون مضافاً إلى وصي آخر

واعلم أن هذا مبني على الصحيح من المذهب ، من أن الفاسق لا تصح الوصية إليه ويعزل قد طرأ عليه الفسق ، كما تقدم التنبيه عليه

وعنه يضم إليه أمين

قدمه في الفروع ، والفائق . كما تقدم

وقيل : يضم إليه هنا أمين ، وإن أطلق الوصية إلى الفاسق لعزيمته

اختاره جماعة من الأصحاب كما تقدم .

فوائد

لو وصى إليه ـ قبل أن يبلغ ـ ليكون وصياً بعد بلوغه ، أو حتى يحضر فلان ، أو إن مات فلان ، فلان وصي صح ، ويصير الثاني وصياً عند الشرط . ذكره الأصحاب ويسمى « الوصي المنتظر »

قال فى المستوعب : لو أوصى إلى المرشد من أولاده عند بلوغه ، فإن الوصية تصح . ويسمى « الوصى المنتظر » انتهى .

وكذا لو قال : أوصيت إليه سنة ، ثم إلى فلان . للخبر الصحيح « أميركم زيد فإن قتل : فجعفر . فإن قتل . فعبد الله بن رواحة » والوصية كالتأمير .

قال فى الفروع : وبتوجه : لا

يعنى ليست الوصية كالتأمير . لأن الوصية استنابة بعد الموت . فهى كالوكالة فى الحياة

ولهذا . هل للوصى أن يوصى ، ويعزل من وصى إليه ؟

ولا تصح إلا فى معلوم . والوصى عزله ، وغير ذلك ، كالوكيل

فلهذا لا تعارض ذلك ما ذكره القاضى وجماعة من الأصحاب ، بدا قال الخليفة : الإمام بعدى فلان . فإن مات فلان فى حياتى أو إذا تغير حاله : فالخليفة فلان : صح

وكذا فى الثالث والرابع .

وإن قال : فلان ولى عهدى فإن وَلِىَ ثم مات ، ففلان بعده : لم يصح للثانى .

وعللوه بأنه إذا ولى ، وصار إماماً : حصل التصرف ، وبقى النظر والاختيار إليه . فسكان العهد إليه فيمن يراه .

وفى التى قبلها : جعل العهد إلى غيره عند موته ، أو تغير صفاته فى الحالة التى ثبتت للمعهود إليه إمامة .

قال فى الفروع : وظاهر هذا : أنه لو علق ولى الأمر ولاية حكم أو وظيفة بشرط شهوره ، أو بشرط ، فوجد الشرط بعد موت ولى الأمر والقيم مقامه . أن ولايته تبطل وأن النظر والاختيار لمن يقوم مقامه

يؤيده : أن الأصحاب اعتبروا ولاية الحكم بالوكالة فى مسائل وأنه لو علق عتقاً أو غيره بشرط ، بطل بموته

قالوا : زوال ملكه . فتبطل تصرفاته

قال فى المغنى وغيره : ولأن إطلاق الشرط يقتضى الحياة . انتهى كلام صاحب الفروع .

وظاهر كلامه : صحة ولاية الحكم والوظائف بشرط شعورها ، أو بشرط إذ وجد ذلك قبل موت ولى الأمر وهو ظاهر كلامه .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ قَبُولُهُ لِلْوَصِيَّةِ فِى حَيَاةِ الْمُوصِى وَبَعْدَ مَوْتِهِ ﴾ .

بلا نزاع وتقدم صفة الإيجاب والقبول

قوله ﴿ وَلَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ مَتَى شَاءَ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب

قال فى القاعدة الثانية : أطلق كثير من الأصحاب - أن له الرد بعد القبول فى حياة الموصى وبعده

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الكافى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وشرح الحارثى ، ونصره

وقيل : له ذلك إن وجد حاكم ، وإلا فلا وعنه الأثرم

وقدمه فى المحرر ، والنظم

وعنه . ليس له ذلك بعد موته بحال ولا قبله ، بدا ، بعضه بذلك

وعنه : ليس له ذلك بعد موته ذكرها ابن أبى موسى قاله فى الفروع

قال فى القواعد : وحكى ابن أبى موسى رواية : ليس له الرد بحال إذا قبلها .

ومن الأصحاب من حملها على ما بعد الموت .

وحكاها القاضى فى خلافه صريحاً فى الحالين .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُوصِيَ إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب اختاره أبو بكر ، والقاضي ، وابن عبدوس في تذكرته

قال الشارح وهو الظاهر من قول الخرقي .

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وصححه في النظم ، وغيره .

وقدمه في الفائق ، وغيره

قال الحارثي . هذا أشهر الروايتين .

قال ابن منجا في شرحه هذا المذهب ، وهو أصح . انتهى

قال في القواعد الأصولية : أشهرهما عدم الجواز .

قال الحارثي : لو عدت على الظن أن القاضي يسند إلى من ليس أهلا ، أو أنه ظالم : امتنع جواز الإيصاء . قولا واحداً . بل يجب لما فيه من حفظ الأمانة ، وصون المال عن التلف ، والضياع انتهى

وعنه : له ذلك . وقدمه ابن رزين في شرحه

ويكون الثاني وصيّاً لهما نقله جماعة منهم صاحب المستوعب

قال الحارثي وهو مشكل .

وقال القاضي يكون الثاني وصيّاً عن الأول . فهو ظاهر للأول لم يخرجه عن الأهلية : انعزل الثاني لأنه فرعه

وأطلقهن في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافي ، والمغني ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والقواعد في القاعدة التاسعة والستين .

قال في الرعاية الكبرى : فإن أطلق فروايتان

وقيل فيما يتولاه مثله .

وقال في الرعاية الصغرى وإن أطلق فروايتان فيما يتولاه مثله

فاختلف نقله في محل الروايتين

و مأتى فى أركان النكاح « هل للوصى فى النكاح أن يوصى به ؟ »

فائدة : إن نهاه الموصى عن الإيصاء لم يكن له أن يوصى . وله أن يوصى إلى غيره بإذنه فيما وصاه به . على الصحيح من المذهب .

وقيل : ليس له ذلك .

وقيل : إن أذن له فى الوصية إلى شخص معين : جاز ، وإلا فلا

وأما جواز توكيل الوصى : فقد تقدم فى كلام المصنف فى باب الوكالة .

تنبيه : شمل قوله ﴿ ولا تصح الوصية إلا فى معلوم يملك الموصى فعله ﴾

الإيصاء ، بشرط موته ، ولو كانت صغيرة وهو صحيح وله إجبارها ، كالأب على الصحيح من المذهب .

وذلك على ما مأتى فى كلام المصنف فى باب أركان النكاح ، والخلاف فيه .

قال المجد فى شرحه ـ بعد ذكر الخلاف فى الوصية بالنكاح ـ وعلى هذا : تصح الوصية بالخلافة من الإمام . وبه قال الإمام الشافعى رحمه الله .

قلت : وقطع به الحارثى ، وغيره

تنبيه آخر : ظاهر قوله ﴿ والنظر فى أمر الأطفال ﴾ .

أنه لا يصح أن يجعله وصيا على البالغ الرشيد من أولاده وغيرهم من الورثة وهو صحيح .

وكذا لا يصح الإيصاء إليه باستيفاء دينه مع بلوغ الوارث رشيدا ، ولو مع غيبته .

ومفهوم قوله « يملك الموصى فعله » أنه لا يصح الإيصاء فى ما لا يملك فعله . وهو صحيح

فلا تصح وصية المرأة بالنظر فى حق أولادها الأصاغر ونحو ذلك .

قاله فى الوجيز ، وغيره

قوله ﴿ وَإِذَا أَوْصَى بِتَفْرِيقِ ثُلُثِهِ ، فَأَبَى الْوَرَثَةُ إِخْرَاجَ ثُلُثِ مَا فِي أَيْدِيهِمْ ﴾

وكذا لو جحدوا ما فى أيديهم .

﴿ أَخْرَجَهُ كُلَّهُ مِمَّا فِي يَدِهِ ﴾

وهو المذهب . جزم به فى الوجيز .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، وشرح ابن رزين

وعنه : يخرج ثلث ما فى يده ، ويحبس باقيه ، ليحلفوا ثلث ما معهم .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والنظم

وذكر أبو بكر فى التنبيه : أنه لا يحبس الباقى . بل يسلمه إليهم ، ويأخذ لهم ثلث ما فى أيديهم . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وأطلقهن فى الفروع .

قال المصنف ، وتبعه الشارح : ويمكن حمل الروايتين الأوليين على اختلاف حالين فالأولى : محمولة على ما إذا كان المال جنساً واحداً والثانية . محمولة على ما إذا كان المال أجناساً فإن الوصية تتعلق بثلث كل جنس

وقال فى الرعاية ، وقيل إن كانت التركة جنساً واحداً أخرج الثلث كله مما معه . وإلا أخرج ثلثه فقط .

فائدة : لو ظهر دين يستغرق التركة ، أو حمل موصى له فتصدق بجميع الثلث هو أو حاكم ، ثم ثبت ذلك : لم يضمن على الصحيح من المذهب .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : بل يرجع به لوفاء الدين وعنه يضمن .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْصَاهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ مُبَيَّنٍ ، فَأَبَى ذَلِكَ الْوَرَثَةُ : قَضَاهُ بِغَيْرِ عِلْمِهِمْ ﴾ .

يعنى إذا جحدوا الدين وتعذر ثبوته ، أو أبوا الدفع . وهذا المذهب .

جزم به فى الوجيز . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم

قال ابن منجا هذا المذهب .

وعنه لايقضيه بغير علمهم إلا ببينة .

وأطلقهما فى الفروع ، والفائق

وقال فى الرعاية وغيره وعنه يقضيه إن أذن له فيه حاكم

قال فى المستوعب ، والهداية . اختاره أبو بكر

وعنه ـ فيمن عليه دين لميت ، وعلى الميت دين ـ أنه يقضى دين الميت إن لم يخف تبعة .

وهذه الرواية عامة فى الموصى إليه وغيره .

فإن كان الذى عليه الدين غير الموصى إليه ، وبعلم أن الميت الذى له الدين عليه دين لآخر ، وجحده الورثة ، فقضاه عنه عليه . فيه ثلاث روايات .

إحداهن : هذه . أعنى يقضيه إن لم يخف تبعة .

والثانية : لايقبضه ، ولا يبرأ بذلك . قدمه ابن رزين فى شرحه

والثالثة يبرأ بالدفع بالقضاء باطناً

ووهَّى هذه الرواية الناظم

وأطلقهن فى الفائق وأطلق الأخيرتين فى الفروع .

وقدم فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : جواز قضائه مطلقاً فى الباطن

فائدة : لو أقام الذى له الحق بينة شهدت بحقه ، فهل يلزم الموصى إليه الدفع إليه بلا حضور حاكم ؟ فيه روايتان .

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والرعاية ، والفائق ، والنظم ، والفروع
لكن حملها في المغني ، والشرح ، في حوار الدفع ، لا في لزوم الدفع
قال ابن أبي المجد في مصنفه : لزمه قضاؤه بدون حضور حاكم ، على الأصح .
وقدمه ابن رزين في شرحه

فائدة : يجوز لمن عليه دين لميت : أن يدفع إلى من أوصى له به إذا كان
معيناً ، وإن شاء دفعه إلى وصي الميت ، ليدفعه إلى الموصى له به ، وهو أولى .
فإن لم يوص به ، ولا نقصه غيره ، لم يبرأ إلا بدفعه إلى الموصى إليه والوارث معاً
وقيل : أو الموصى إليه بقدر حقوقه
وهو احتمال في الرعاية .
وإن صرف أحدهما الموصى به معين ، وقيل : أو غيره ، في جهته : لم يضمنه .
وإن وصاه بإعطاء مدع ديناً بينه وبقدره من رأس ماله . قاله الشيخ
تقي الدين رحمه الله .
ونقل ابن هانئ ، بينة ، وقاله عند الله .
ونقل عبد الله أيضاً : يفعل مع صدق المدعي .

تنبيه : قوله (وتصحُّ وصيَّةُ الكافرِ إلى مُسْلِمٍ) .
هذا لا نزاع ، لكن بشرط أن لا يكون في تركته خمر ولا خنزير

قوله (وإلى من كان عَدْلاً في دِينِهِ)

يعني أن وصية الكافر إلى كافر تصح إذا كان عدلا في دينه ، وهو المذهب
جزم به في الوجيز ، وابن منجا في شرحه ، وابن رزين في شرحه .
قال الحارثي : الأظهر الصحة ، واختاره القاضي .
قال المجد : وحدته مخطئه . وقيل : لا تصح .

قال فى المستوعب : ولا تصح الوصية إلى كافر .

قال فى المذهب : ولا تصح إلا إلى مسلم .

وكذا هو ظاهر كلامه فى الهداية .

وأطلقهما فى الفصول ، والكافى ، والمغنى ، والبلغة ، والمحرر ، والنظم ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

وظاهر كلام المجد وجماعة : أنه لو كان غير عدل فى دينه : أن فيه الخلاف الذى فى المسلم .

قوله ﴿ وإذا قال ضعْ ثُلُثى حيثُ شِئْتَ ، أو أعْطِهِ مَنْ شِئْتَ لمْ يَجُزْ لَهُ أخْذُهُ . وَلاَ دَفْعُهُ إلَى وَلَدِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . ونص عليه .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق

وقال اختاره الأكثرون فى الولد

ويحتمل جواز ذلك لتناول اللفظ له

ويحتمل جواز ذلك مع القرينة فقط

واختار المصنف والمجد جواز دفعه إلى ولده .

قال الحارثى . وهو المذهب

والصحيح من المذهب . أنه لا يجوز

قال فى المحرر . ومنعه أصحابنا

تنبيه مفهوم قوله « لم يجز له أخذه ، ولا دفعه إلى ولده » جواز أخذ والده وأقاربه الوارثين ، سواء كانوا أغنياء أو فقراء . وهذا اختيار المصنف ، والمجد .

قال الحارثى وهو المذهب

والصحيح من المذهب أنه لايجوز دفعه إليهم نص عليه ، كولده وقدمه في الفروع .

واختار جماعة من الأصحاب : أنه لايجوز دفعه إلى ابنه فقط

وذكر جماعة من الأصحاب . أنه لايعطى لولد ولا الوالد ، منهم صاحب النظم .

وذكر ابن رزين في منع من دونه وجها .

فائدة : قال في الفائق . ومن له دفعه إلى ورثة الموصى ذكره المجد في شرح الهداية

ونص عليه في رواية أبي الصقر ، وأبي داود وقاله الحارثي .

قوله ﴿ وإن دعت الحاجة إلى بيع بعض العقار لقضاء دين الميت أو حاجة الصغار ـ وفي بيع بعضه نقص ـ فله البيع على الكبار والصغار ﴾ .

يعني : إذا امتنع الكبار من البيع ، أو كانوا غائبين

وهذا المذهب . نص عليه

وجزم به في المحرر ، والوجيز ، وغيره ، ومنتخب الأزجي .

وقدمه في الرعايتين ، والنظم ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وشرح الحارثي .

قال في الفائق : والمنصوص الإجبار على بيع غير قابل للقسمة إذا حصل بيع بعضه نقص ، ولو كان الكل كثيراً ، وامتنع البعض

نص عليه في رواية الميموني . وذكره في الشافي

واختاره شيخنا لتعلق الحق بنصف القيمة للشريك ، لا بقيمة النصف انتهى كلام صاحب الفائق .

وقيل : أنه ليس له البيع على الكبار . وهو أقيس

فاختاره المصنف ، والشارح .

قلت : وهو الصواب . لأنه لا يزال الضرر بالضرر

وقيل : يبيع بقدر حصة الصغار ، وقدر الدين والوصية ، إن كانت

وقال في الرعاية ، قلت : إن قلنا التركة لا تنتقل إليهم مع الدين : جاز بيعه للدين والوصية .

فائدتان

إحداهما : لو كان الكل كبراً ، وعلى الميت دين ، أو وصية : باعه الموصى إليه إذا أبو بيعه وكذا لو منع البعض بعض عليه في رواية ميمونى .

وتقدم ذلك في كلام صاحب الفائق

الثانية : لو مات شخص بمكان لا حاكم فيه ، ولا وصي : جاز لمسلم من حضره : أن يحجر تركته ، ويعمل الأصلح فيها من بيع وغيره .

على الصحيح من المذهب ، وعليه الأكثر .

وقيل : لا يبيع الإمام ذكره في الفروع .

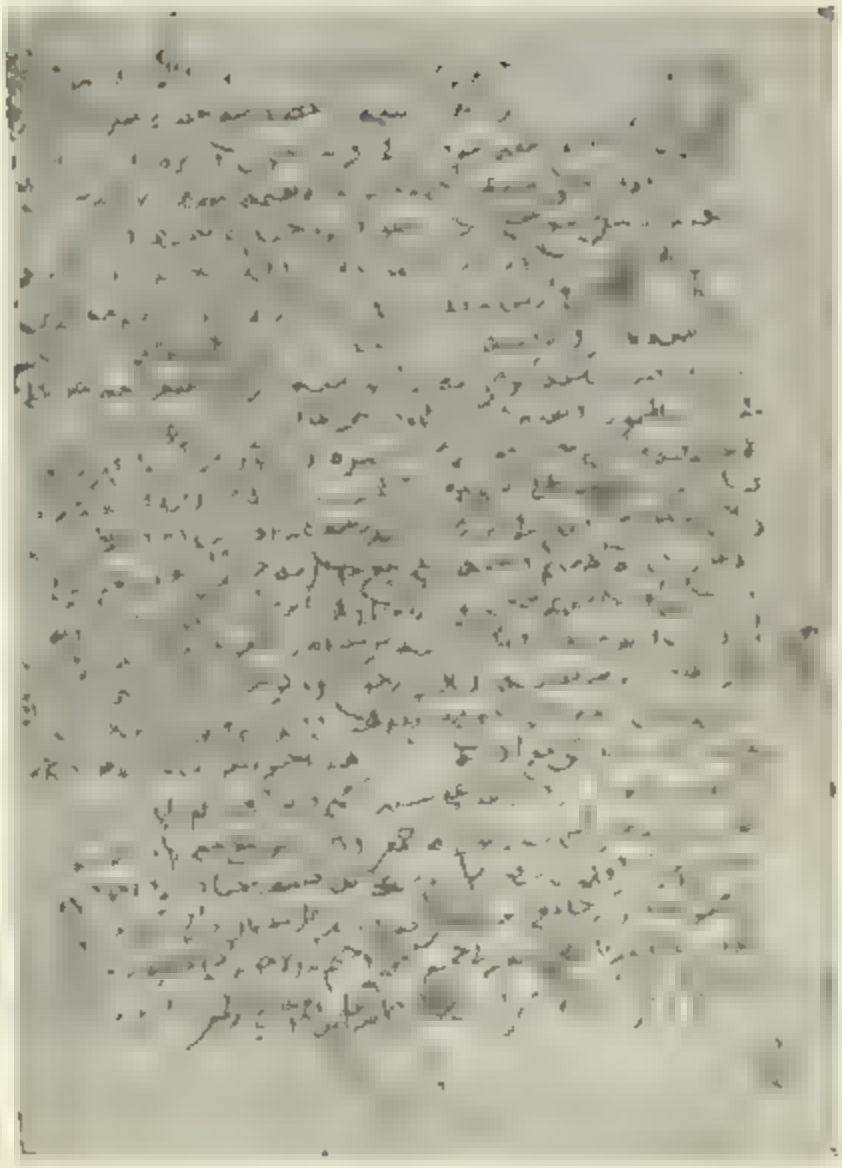
وقال في رعاية ، وقيل : يبيع ما يخاف فساده ، وحيوان ولا يبيع رقيقه إلا حاكم

وعنه في بيع حيوانه حاكم ، إن تعذر تقويمه إلى ورثته ، أو مكاتبهم يحضروا ويأخذوه انتهى

ويكفنه من التركة إن كانت وهو تعذر ، وإلا كفنه من عنده ، ورجع على التركة إن كانت ، وإلا على من تلزمه نفقته بلا رجوع ، وما يوجد حاكم .

فمن تعذر إذنه ، أو أبى الإذن رجع ، على الصحيح من المذهب

وقيل . فيه وجهان ، كمكاتبه وعبد مأذونه ، وهو مع سيده



الصفحة الأخيرة من الجزء الثالث الذى نخط المصنف
وبها انتهى القسم الذى كان نخط المصنف

كتاب الفرائض

فائدة : « الفرائض » جمع فريضة . وهي في الأصل اسم مصدر ، والاسم « الفريضة » وتسمى قسمة المواريث فرائض

قال المصنف هنا « وهي قسمة المواريث » .

وقال في الكافي ، والزركشي : هي العلم بقسمة المواريث

فيحتمل أن يكون في كلام المصنف هنا حذف ، يوافق ما في الكافي

وقال في الرعاية الكبرى : هي معرفة الورثة وسهامهم ، وقسمة التركة بينهم .

وقال في الصغرى : هي قسمة الإرث

وقلت : معرفة الورثة وحقوقهم من التركة

قوله (وَأَسْبَابُ التَّوَارُثِ ثَلَاثَةٌ : رَحِمٌ ، وَنِكَاحٌ ، وَوَلَاءٌ) .

و « رحم » القرابة و « النكاح » عقده . وإن عرى عن الوطء .

« والولاء » نعمة السيد على رقيقه بعتقه ، فيصير بذلك وارثاً موروثاً .

قال في الرعاية : وأسباب الإرث : نسب خاص ، ونكاح خاص ، وولاء عتق خاص ، ونحوه . انتهى .

والصحيح من المذهب أن أسباب التوارث ثلاثة لا غير ، وأنه لا يرث ولا يورث بغيرهما . نص عليه وعليه الأصحاب

وعنه (أَنَّهُ يَثْبُتُ بِالْمُوَالَاةِ وَالْمُعَاقَدَةِ ، وَإِسْلَامِهِ عَلَى يَدِهِ ، وَكَوْنِهِمَا مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ . وَلَا عَمَلَ عَلَيْهِ) .

ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله في الرواية والتقاط الطفل

واختار أن هؤلاء كلهم يرثون عند عدم الرحم والنكاح والولاء .

واختاره في الفائق أيضاً

وقيل : يرث عند سيده عند عدم الوارث

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله

وقال فى السياسة الشرعية : وورث بعض أصحابنا المولى من أسفل من معتقه .

ونقل ابن الحكم : أن الإمام أحمد رحمه الله ، سئل عن ذلك ؟ فقال لا أدرى .

ويأتى فى أول « باب المعتق بعضه » رواية بإرث العصبة من قريبه ، عند عدم الوارث . وقول بإرث المكاتب من عتيقه فى صورة .

فائدة « الموالاة » هى المؤاخاة و « المعاقدة » هى المحالفة

قوله (والوارثُ ثلاثةٌ : ذَوُو فرْضٍ وَعصَبَاتٍ) بلا نزاع (وَذوُو رَحِمٍ) .

على الصحيح من المذهب . نص عليه وعليه الأصحاب .

وعنه : لا يرث ذوو الأرحام . ويأتى ذلك فى بابه .

باب ميراث ذوى الفروض

فائدتان

احداهما : قوله - فى عددهم - ﴿ والأَخُ مِنَ الأُمِّ ﴾ .

قال فى الوجيز ، والفروع : وقد يُعصِّب أخته من غير أبيه تموت أمه عنهما .

قلت : فى هذا نظر ظاهر . فإن الأم إذا ماتت عنهما : لا يرثان منها ، إلا بكونهما أولاداً ، لا يكون أحدهما أخ الآخر لأمه

غايته أنهما أخ وأخت كل واحد منهما من أب ، والإرث من الأم ، وهى واحدة . والتعصيب : إنما حصل بكونهم أولاداً ، لا بكونهم إخوة لأم

فعلى ما قالا : يعايى بها .

الثانية : قوله ﴿ وللزَّوْجِ الرُّبُعُ إذا كان لها وَلَدٌ ، أَوْ وَلَدُ ابنٍ . والنِّصْفُ مَعَ عَدَمِهِمَا . وَلِلْمَرْأَةِ الثُّمُنُ إذا كَانَ لَهَا وَلَدٌ ، أَوْ وَلَدُ ابنٍ . والرُّبُعُ مَعَ عَدَمِهِمَا ﴾ .

وهذا بلا نزاع . ولكن يشترط أن يكون النكاح صحيحاً .

فلو كان فاسداً ، فلا توارث بينهما ، على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية المروذى ، وجعفر بن محمد . وتوقف فى رواية ابن منصور

وأما إذا كان باطلا ، فلا توارث بلا نزاع

قوله ﴿ وللجدِّ حَالٌ رَابِعٌ وهُوَ مَعَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ مِنَ الأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ : فَإِنَّهُ يُقَاسِمُهُمْ كَأَخٍ ﴾ .

هذا مبنى على الصحيح من المذهب ، من أن الجد لا يسقط الإخوة . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وعليه التفريع

وعنه : يسقط الجد الإخوة . اختاره ابن بطة

قاله فى القاعدة الثانية والخمسين بعد المائة ، وأبو حفص البرمكى ، والآجرى ، وذكره ابن الجورى عن أبى حفص العكبرى أيضاً ، والشيخ تقى الدين ، وصاحب الفائق .

قال فى الفروع : وهو أظهر .

قلت : وهو الصواب .

وحديث : « أفرضكم زيد » صححه الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال ابن الجورى : الآجرى من أعيان أصحابنا

قوله ﴿ فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ عَنِ الفَرْضِ إِلاَّ السُّدُسُ : فَهُوَ لَهُ وَسَقَطَ مَنْ مَعَهُ مِنْهُمْ ، إِلاَّ فِي الأُكْدَرِيَّةِ ﴾ .

تستحق الأخت فى الأكدرية : حزءاً من التركة ، وقدره أربعة أسهم من سبعة وعشرين . على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم

وقيل : لا ترث الأخت مع الجد فيها فتسقط ، كما لو كان مكانها أخ .

فائدة : سميت « أكدرية » لتكدير أصول زيد — رضى الله عنه — فى الجد ، فى الأشهر عنه .

وقيل : إن عبد الملك بن مروان : سأل عنها رجلا اسمه « الأكدر » فنسبت إليه

وقيل : سميت أكدرية باسم السائل عنها .

وقيل : لأن الميتة كان اسمها أكدرة

وقيل : لأن زيداً — رضى الله عنه — كدّر على الأخت ميراثها .

وقيل : لتكدر أقوال الصحابة — رضى الله عنهم — فيها ، وكثرة اختلافهم .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا زَوْجٌ . سُمِّيَتِ الخَرْقَاءَ ، لِكَثْرَةِ اخْتِلافِ الصَّحَابَةِ فِيهَا ﴾ .

فكأن أقوالهم : خرقتها

وجملة الأقوال فيها : ستة ولهذا تسمى المشيّعة ، وترجع إلى ستة ولهذا تسمى المسدسة

واختلف فيها خمسة من الصحابة : عثمان ، وعلى ، وابن مسعود ، وزيد ، وابن عباس ، رضى الله عنهم ، على خمسة أقوال . ولهذا تسمى المخمسة .

وتسمى المربعة . لأن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه جعل للأخت النصف . والباقى بين الجد والأم نصفان . وتصح من أربعة .

وتسمى المثلثة ، والعثمانية أيضاً لأن عثمان رضى الله عنه قسمها على ثلاثة .

وتسمى أيضاً : الشعبية ، والضحاكية . لأن الحجاج سأل عنها الشعبى امتحاناً . فأصاب . فعاقبه .

فائدة : لو عدم الجد من الأكدرية : سميت « مباهلة » لأن ابن عباس رضى الله عنه لما سئل عنها ، يعلنها . وقال « من شاء باهلته » فسميت « المباهلة » لذلك .

وتأتى قصتها فى أول باب أصول المسائل .

فائدة : قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ جَدٌّ وَأُخْتٌ مِنْ أَبَوَيْنِ ، وَأُخْتٌ مِنْ أَبٍ . فَالْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى أَرْبَعَةٍ . لِلْجَدِّ سَهْمَانِ وَلِكُلِّ أُخْتٍ سَهْمٌ ثُمَّ رَجَعَتِ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، فَأَخَذَتْ مَا فِى يَدِ أُخْتِهَا كُلَّهُ ﴾ .

فيعاب بها .

فيقال : امرأة حبلى حاضت إلى قوم . فقالت للورثة : لا تعجلوا ، إن ولدت أنثى لم ترث . وإن ولدت اثنين أو ذكراً : ورث العشر فقط . وإن ولدت ذكرين ورثا السدس . فهى أم الأخت من الأب ، فى هذه المسألة .

قوله ﴿ وَلِلْأُمِّ أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ : حَالٌ لَهَا السُّدُسُ وَهُوَ مَعَ وُجُودِ الْوَلَدِ ، أَوْ وَلَدِ الابْنِ ، أَوِ اثْنَيْنِ مِنَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ ﴾ .

أما مع وجود الوالد ، أو ولد الابن : فإن لها السدس ، بالنص والإجماع .

وأما مع وجود الاثنين من الإخوة والأخوات فلها السدس أيضاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وسواء كانوا محجوبين ، أو لا

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله : أن الإخوة لا يحجبون الأم من الثلث إلى السدس ، إلا إذا كانوا وارثين معها . فإن كانوا محجوبين بالأب : ورثت السدس فيها ـ في مثل أبوين وأخوين ـ الثلث عنده . والأصحاب على خلافه .

قوله ﴿ وَحَالٌ لَهَا ثُلُثُ مَا بَقِيَ ، وَهِيَ مَعَ زَوْجٍ وَأَبَوَيْنِ وَامْرَأَةٍ ، وَأَبَوَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب .

وقد روي عن الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ أنه قال : ظاهر القرآن لها الثلث . وهو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما .

قال المصنف في المغني : والحجة معه ، لولا إجماع الصحابة انتهى .

وهاتان المسألتان تسميان « العمريتين » .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَحَالٌ رَابِعٌ وَهِيَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِوَلَدِهَا أَبٌ لِكَوْنِهِ وَلَدَ زِنًا ، أَوْ مَنْفِيًّا بِلِعَانٍ فَإِنَّهُ مُنْقَطِعُ التَّعْصِيبِ مِنْ جِهَةِ مَنْ نَفَاهُ ﴾

لأنه لا ينقطع تعصيبه من غير جهة من نفاه

مثل : أن يلد توأمين . فيرث أحدهما من الآخر بالأخوة من الأب . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله

والصحيح من المذهب : أنه لا يرث بالأخوة من الأب ، تقدم في الفروع وقيل : يرث بالأخوة من الأب في ولد الملاعنة دون غيره

قوله ﴿ وَعَصَبَتُهُ عَصَبَةُ أُمِّهِ ﴾ .

مراده : إذا لم يكن له ابن ولا ابن ابن فإذا لم يكن ابن ولا ابن ابن .
فالصحيح من المذهب : ماقدمه المصنف هنا .

واختاره الخرقي ، والقاضي وغيرهما .

وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في المحرر ، والفروع ، والفائق وهو من مفردات

وعنه : أنها هي عَصَبَتُهُ .

اختاره أبو بكر ، والشيخ تقي الدين ، وصاحب الفائق .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير .

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، وشرح ابن منجا

فعلى المذهب : ترث أخوه لأمه مع ابنه ، لا أخته لأمه فيما يأتي بها .

وعلى الثانية إن لم يكن الأم موجودة فعصبتها عصبته على الصحيح

وعنه : يرد على ذوي الفروض . فإن عدموا : فعصبتها عصبته

والتفريع الآتي بعد ذلك على هذه الروايات . وقد علمت المذهب منهن .

قوله ﴿ وإذا مَاتَ ابْنُ الْمُلاعِنَةِ ، وخلَّفَ أُمَّه وجدَّتُهُ : فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ وَ بَاقِيهِ لِلْجَدَّةِ ﴾ .

على الرواية الثانية وهذه جدة ورثت مع أم أكثر منها . فيما يأتي بها .

وعلى الأولى ، والثالثة : للأم جميع المال

قوله ـ في الحدات ـ ﴿ وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُنَّ أَقْرَبَ مِنْ بَعْضٍ : فَالْمِيرَاثُ لِأَقْرَبِهِنَّ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره الخرقي ، والمصنف ، والشارح وغيرهم

واختاره ابن عبدوس في تذكرته ، وغيره .

وقدمه في الخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والفروع ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وعنه : أن القُرْبَى من جهة الأب لا تحجب البُعْدَى من جهة الأم . فشاركها . وهذا هو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله .

قاله فى الهداية وغيره .

وجزم به القاضى فى جامعه

ولم يعز ـ فى كتاب الروايتين ـ الرواية الأولى إلا إلى الخرقى .

وصححه ابن عقيل فى تذكرته

قال فى إدراك الغاية : تشاركها فى الأشهر .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

فعلى الرواية الثانية : لا يتصور أن جدة ترث معها أمها

مثل : أن تكون للميت جدة ، هى أم أبيه . وتكون أمها أم أم الميت

وذلك : بأن يتزوج أبو الميت بابنة خالته ، وجدته التى هى أم خالته موجودة . وكذلك امتها التى هى أمه . ثم تحلف ولداً ، فيموت الولد فيجتمع أم أبيه وأمها ، التى هى أم أم أمه .

فيشتركان فى الميراث على هذه الرواية . فيعطى لها .

قلت : ويحتمل عدم إرثها على كلا الروايتين .

وهو ظاهر كلام الأصحاب فى الحجب . لأنهم أسقطوا الأعلى فالأعلى من الجدات بينهما

قوله (فأمَّا أمُّ أبِي الأمِّ ، وأمُّ أبِي الجَدِّ : فَلا مِيرَاثَ لَهُما) .

أما أم أبى الأم : فهى من ذوى الأرحام . على ما يأتى

وأما أم أبى الجد : فالصحيح من المذهب : أنها من ذوى الأرحام فلا ترث بنفسها فرضاً . وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به فى الوجيز . وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره

وقيل: ترث، وليست من ذوى الأرحام. ومثلها: أم جد الجد، ولو علت أبوة

واختاره الشيخ تقى الدين - رحمه الله - وصاحب الفائق

وهو ظاهر كلام الخرقى فإنه قال: وكذلك إن كثرت

ويأتى ذلك أيضاً فى أول «باب ذوى الأرحام» فى عندهم.

قوله ﴿وَتَرِثُ الجَدَّةُ وابْنُها حَيٌّ﴾.

يعنى: سواء كان أباً أو جداً، كما لو كان عماً اتفاقاً. وهو المذهب. وعليه الأصحاب. وهو من مفردات المذهب.

وعنه: لا ترث.

فيهما: لأم الأم مع الأب وأمه: السدس كاملا. على الصحيح.

قدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير.

قال فى القواعد: وهو الصحيح. لزوال مزاحمة، مع قيام الاستحقاق لجميعه.

وقيل: لها نصف السدس معداة بأم الأب التى لا ترث على هذه الرواية.

وذكر مأخذه فى القواعد

وكذلك الوجهان إذا كان معها أم أم الأب، إلا أن تسقط العدى بالقربى. على القول بالمعاداة. قاله فى المحرر، وغيره.

قوله ﴿وَإِنِ اجْتَمَعَتْ جَدَّةٌ ذاتُ قَرابَتَيْنِ مَعَ أُخْرَى. فلَها ثُلُثا السُّدُسِ فِى قِياسِ قَوْلِهِ﴾.

وهو المذهب. اختاره المجد، والمصنف

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المحرر، والفروع، والفائق، والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيرهم.

وهو من مفردات المذهب. وجزم به ناظمها

وعنه: ترث بأقواهما. فلو تزوج بنت عمته، فولدت: أم أم أم ولدها، وأم أبى أبيه.

ولو تزوج بنت خالته . فجدته : أم أم أم ، وأم أم أب .

فائدة : لو أدلت جدة بثلاث جهات ترث بها : لم يمكن أن يجتمع معها جدة أخرى وارثة على الصحيح من المذهب .

وعلى الرواية الأخرى : ترث معها ربع السدس ، أو نصفه على اختلاف الروايتين .

وتقدم في باب اللقيط . أنه لو ألحق بأبوين : أن لأمي أبويه اللذين ألحق بهما مع أم أم نصف السدس ، ولأم الأم نصفه فيعاني بها .

فائدة : قوله ﴿ فإنْ كَانَتْ بِنْتٌ وبِنَاتُ ابْنٍ . فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ ولِبَنَاتِ الابْنِ ـ واحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ـ السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ . فَيُمْكِنُ عَوْلُهَا بِهَذَا السُّدُسِ كُلِّهِ . فَلَوْ عَصَّبَهَا أَخُوهَا ـ والحالة هذه ـ فَهُوَ الأَخُ المَشْئُومُ . لأَنَّهُ ضَرَّهَا ومَا انْتَفَعَ ﴾ .

ذكره في عيون المسائل ، والمنتخب ، وغيرهما

وكذا الأخت لأب فأكثر مع الإخوة للأبوين

فأما الأخت من الأب ، وهي القائلة ـ إذا كانت حاملا مع زوج وأخت لأبوين ـ : إن ألد ذكراً فأكثر ، أو ذكراً وأنثى لم يرثا . وإن ألد أنثى : ورثت . فيعاني بها

وكذا الحكم في بنات ابن الابن مع بنت الابن

تنبيه : ظاهر قوله ـ في الحجب ـ ﴿ وَيَسْقُطُ وَلَدُ الأَبَوَيْنِ بِثَلاثَةٍ . بِالابْنِ وابْنِهِ ، وَالأَبِ . ويَسْقُطُ وَلَدُ الأَبِ بِهَؤُلاءِ الثَّلاثَةِ ، وبِالأَخِ لأَبَوَيْنِ . لأَنَّ الجَدَّ لا يُسْقِطُهُمْ ﴾

وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب كما تقدم عند قوله ﴿ وللجَدِّ هَذِهِ الأَحْوَالُ وَحَالٌ رَابِعٌ ، وَهِيَ مَعَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ ﴾ .

باب العصبات

تنبيه : ظاهر قوله (ثُمَّ الجَدُّ ، وَإِنْ عَلاَ . ثُمَّ الأَخُ مِنَ الأَبَوَيْنِ) .
أَنَّ الجَدَّ أَوْلَى مِن الإِخْوَةِ مِن الأَبَوَيْنِ ، أَوِ الأَب
وهو صحيح فى الجملة . أما حمله على إطلاقه : فضعيف .
فقد تقدم : أن الصحيح من المذهب : أن الإخوة يقاسمونه
وأما أنه أولى فى الجملة : فصحيح بلا نزاع فى المذهب .
ألا ترى أنه إذا لم يفضل من الميراث إلا السدس : ورثه ، وأسقطهم ؟
وكذا إذا لم يبق من سهم شىء : أعيل سهمه . وتسقط الإخوة .

فوائد

بعد ذكر ترتيب العصبات : لا يرث سوى أب أعلى مع بنى أب أقرب منه
هذا صحيح بلا نزاع نص عليه .
فعلى هذا : لو نكح امرأة ، وتزوج أبوه أمها فمات الأب ثم ولد الابن
حال فيرثه حاله دون عمه . فيعايى بها .
ولو خلف الأب فيها أخا ولد ابنه - وهو أخو زوجته - ورثه ، دون أخيه .
فيعايى بها
وإن مات أيضاً : ورثت زوجة ثم وأخوه الذى . فيعايى بها .
فلو كان الإخوة ستة ورثوه سواء فيعايى بها
ولو كان الأب تزوج الأم ، وتزوج ابنه بنتها ، فمات الأب منهما ثم ولد الابن
وحاله فيعايى بها
ولو تزوج زيد أم عمرو ، وتزوج عمرو بنت زيد ، فمات زيد ثم ابن عمرو
وحاله فيعايى بها

ولو تزوج كل واحد منهما أخت الآخر ، فولدُ كل واحد منهما : ابنُ خال ولد الآخر . فيعابى بها .

ولو تزوج كل واحد منهما بنت الآخر فولدُ كل واحد منهما خالُ ولد الآخر . فيعابى بها

ولو تزوج كل واحد منهما أم الآخر ، فهما القائلتان : مرحبا بابنيا ، وروحيا وابنى روحيب وولد كل واحد عم الآخر . فيعابى بها .

فائدة : قوله ﴿ وَإِذَا انْقَرَضَ الْعَصَبَةُ مِنَ النَّسَبِ : وَرِثَ الْمَوْلَى الْمُعْتِقُ ثُمَّ عَصَبَاتُهُ مِنْ بَعْدِهِ ﴾ .

هذا المذهب وعليه الأصحاب

وعنه : يقدم الرد وذوو الأرحام على الإرث بالولاء .

فائدة : قوله « وإذا انقرض العصبة من النسب ورث مولى المعتق ثم عصباته من بعده » يعنى الأقرب فالأقرب ، كعصبات النسب .

فيقدم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب . على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب قاطبة .

وخرج ابن الزاغونى فى كتابه « التحصيل » فى الفرائض من مسألة النكاح : رواية أخرى باشتراك الأخ من الأب مع الأخ من الأبوين فى الإرث والولاء .

فائدة : قوله ﴿ ومتى كَانَ بَعْضُ بَنِى الأَعْمَامِ زَوْجًا ، أَوْ أَخًا مِنْ أُمٍّ : أَخَذَ فَرْضَهُ وَشَارَكَ البَاقِينَ فِى تَعْصِيبِهِمْ ﴾ .

فلو تزوج ابنة عمه ، فولدها بنتا : ورثت البنت النصف ، وأبوها النصف بالفرض والتعصيب فيعابى بها .

ولو أولدها بنتين : ورثتا أثلاثا . فيعابى بها .

ولو كانوا ثلاث إخوة لأبوين ، أحدهم تزوج ابنة عمه . فإذا ماتت : ورث الزوج ثلثي التركة ، والأخوين الآخرين : الثلث فيعايى بها

ولو تزوجت رجلا ، فولدت ولدا ثم تزوجت أخيه لأبيه ، وله خمسة أولاد ذكور . ثم ولدت منه مثلهم ثم تزوجت آخر ، فولدت له خمس بنين أيضاً ، ثم ماتت ، ثم مات ولدها الأول : ورث منه خمسة إخوة نصفا ، وخمسة ثلثا ، وخمسة سدسا . فيعايى بها .

قوله ﴿ فَإِذَا اسْتَغْرَقَتِ الفُرُوضُ المَالَ ، فَلا شَيْءَ لِلْعَصَبَةِ ، كَزَوْجٍ وَأُمٍّ ، وَإِخْوَةٍ لِأُمٍّ ، وَإِخْوَةٍ لِأَبَوَيْنِ ، أَوْ لِأَبٍ : لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَلِلأُمِّ السُّدُسُ . وَلِلإِخْوَةِ مِنَ الأُمِّ : الثُّلُثُ . وَسَقَطَ سَائِرُهُمْ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

ونقل حرب : أن الإخوة من الأبوين : يشاركون الإخوة من الأم في الثلث وهو قول في الرعاية وتسمى « المشركة » و « الحمارية » إذا كان فيها إخوة لأبوين .

فائدة : قوله ﴿ وَلَوْ كَانَ مَكَانَهُمْ أَخَوَاتٌ لِأَبَوَيْنِ ، أَوْ لِأَبٍ : عَالَتْ إِلَى عَشَرَةٍ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَسُمِّيَتْ ذَاتَ الفُرُوجِ ﴾ .

وتسمى أيضاً « الشريحية » لحدوثها في زمن شريح القاضي . لأن الزوج سأله فأعطاه النصف . فلما أعلمه بالحال أعطاه ثلاثة من عشرة . فخرج . وهو يقول ما أعطيت النصف ، ولا الثلث .

وكان شريح يقول . إذا رأيتني رأيت حكماً جائرا . وإذا رأيتك ذكرت رجلا فاجراً . لأنك تكتم القضية ، وتشيع الفاحشة .

باب أصول المسائل

دائرة : قوله (فَإِذَا اجْتَمَعَ مَعَ النِّصْفِ سُدُسٌ، أَوْ ثُلُثٌ، أَوْ ثُلُثَانِ فَهِيَ مِنْ سِتَّةٍ) .

فزوج وأم وأخوان من أم : من ستة .

وتسمى « مسألة الإلزام » لأن ابن عباس رضي الله عنهما لايميل المسائل ، ولا يحجب الأم من الثلث إلى السدس إلا ثلاثة إخوة فإنه أعطى الأم الثلث هنا ، والباقي ـ وهو السدس ـ للأخوين من الأم .

فهو إنما يدخل النقص على من يصير عصبة في حال . وإن أعطى الأم السدس ، فهو لايحجبها إلا ثلاثة . وهو لايرى العول .

قوله (وتَعُولُ إِلَى عَشَرَةٍ) .

فتسمى مسألة إذا عالت إلى تسعة « المباهلة » لأنها حدثت بعد المباهلة . فاشتهر العول فيها .

ومسألة السبعة : زوج وأم وأخت لأبوين أو لأب فشاور عمر رضي الله عنه الصحابة فأشار عليه العباس رضي الله عنه بالعول ، واتفقت الصحابة رضي الله عنهم على القول به ، إلا ابن عباس رضي الله عنهما ، ولكنه ظهر ذلك في حياة عمر . فقد مات عمر رضي الله عنه وهو يرى أن السدس إلى المباهلة . وقال « من شاء باهلته : أن الذي أحصى رمل عالج عدداً لم يجعل في المال نصفاً ونصفاً وثلثاً . فأين ذهب النصف الثاني ، وأين الثلث ؟ » .

ثم قال « وأيم الله لو قدموا من قدم الله ، وأخروا من أخر الله ، ماعالت فريضة قط » فقيل له « لأطهرت هذا في زمن عمر رضي الله عنه ؟ فقال : كان مهيباً فهبته » انتهى

وتسمى أيضاً مسألة « الإلزام » ولا جواب له عنها

فائدة : قوله ﴿ وَإِذَا اجْتَمَعَ مَعَ الرُّبُعِ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ : فَهِيَ مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ . وَتَعُولُ عَلَى الأَفْرَادِ إِلَى سَبْعَةَ عَشَرَ ﴾ .

كثلاث زوجات ، وجدتين ، وأربع أخوات لأم ، وثمان أخوات لأبوين ، أو لأب . فهذه تسمى « أم الأرامل » لأن الورثة كلهم نساء .

فإن كانت التركة : سبعة عشر دينارًا ، فلكل امرأة دينار ، فيعاني بها .

قوله ﴿ وَإِذَا اجْتَمَعَ مَعَ الثُّمُنِ سُدُسٌ ، أَوْ ثُلُثَانِ . فَأَصْلُهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ . وَتَعُولُ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ . وَلَا تَعُولُ إِلَى أَكْثَرَ مِنْهَا ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وفي التبصرة رواية : أنها تعول إلى إحدى وثلاثين .

ولعله عنى الرواية عن ابن مسعود رضي الله عنه . فإنه مذهبه ، كما قاله في الروضة .

قوله ﴿ وَإِذَا لَمْ تَسْتَوْعِبِ الْفُرُوضُ الْمَالَ ، وَلَمْ تَكُنْ عَصَبَةٌ : رُدَّ الْفَاضِلُ عَلَى ذَوِي الْفُرُوضِ بِقَدْرِ فُرُوضِهِمْ ، إِلَّا الزَّوْجَ وَالزَّوْجَةَ ﴾

وهذا المذهب . نقله الجماعة . وعليه الأصحاب . وعليه التفريع .

وعنه : يقدم الرد وذوو الأرحام على الولاء .

وتقدمت هذه الرواية في باب العصبات عند قوله « وإذا انقرضت العصبة من النسب . ورث المولى المعتق » .

وعنه : يقدم ذوو الأرحام على الرد .

وعنه : لا يرث بالرد بحال .

وعنه : لا يرد على ولد أم مع الأم ، ولا على جدة مع ذي سهم .

نقله ابن منصور . إلا قوله « إلا مع ذي سهم » .

فائدة : إذا لم يقل وارث : كان الفاضل لبيت المال ، وكذلك مال من مات ولا وارث له .

لكن هل بيت المال وارث ، أم لا ؟ فيه روايتان .

والصحيح من المذهب والمشهور : أنه ليس بوارث . وإنما يحفظ فيه المال الضائع . قاله في القاعدة السابعة والسبعين .

قال الزركشي في الدقلة : المشهور أنه ليس بعصبة .

وقدمه في المستوعب ، وغيره .

وقاله ابن البنا ، وغيره .

قال الحارثي ، في أول كتاب الوصايا : والأصح أن بيت المال غير وارث ، لتقدم ذوي الأرحام عليه . واعتبر صرف الفاضل عن ذوي الفروض إليه .

قال المصنف : ليس بعصبة

وقال في القاعدة السادسة بعد المائة : ولو رواية ، أنه ينتقل إلى بيت مال إرثا .

ثم قال : فإن أريد أن انتماء الوارث بغيره يوجب الحكم بالإرث للكل : فهو مخالف لقواعد المذهب .

وإن أريد : أنه إرث في الباطن لمعين ، فيحفظ ميراثه في بيت المال ، ثم يصرف في المصالح ، للجهل بمستحقه عينًا . فهو والأول بمعنى واحد

قال : وينبني على ذلك مسألة اقتصاص الإمام ممن قتل من لا وارث له .

وفي المسألة وجهان . منهم من بناه ، على أن بيت المال : هل هو وارث أم لا ؟

ومنهم من قال : لا ينبني على ذلك . ثم لهم طريقان

أصحهما - أنه لا يقتص . ولو قلنا : بأنه وارث . لأن في المسلمين : الصبي ، والمجنون ، والغائب . وهي طريقة أبي الخطاب .

والثانى : يجوز الاقتصاص وإن قتله ليس بوارث لأن ولاية الإمام ونظره فى المصالح : قائم مقام الوارث . وهو مأخذ ابن الزاغونى . انتهى .

قلت : قد تقدم من فوائد الخلاف ـ فى وصية من لا وارث له ـ إن قيل إن بيت المال جهة ومصلحة : جازت الوصية بجميع ماله .

وإن قيل : هو وارث ، لم تجز إلا بالثلث كما قاله القاضى ، وتبعه فى الفروع .

وتقدم ذلك فى أول كتاب الوصايا .

وتقدم فى آخر باب الفىء : هل بيت المال ملك للمسلمين ، أم لا ؟

باب تصحيح المسائل

فائدة . قوله (فَإِنْ تَبَايَنَتْ : ضَرَبْتَ بَعْضَهَا فِي بَعْضٍ فَمَا بَلَغَ : ضَرَبْتَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلِهَا) .

كأربع نسوة ، وثلاث جدات ، وخمس أخوات لأم ، تسمى « الصماء » وأربع نسوة ، وخمس جدات ، وسبع بنات ، وتسع أخوات لأبوين ، أو لأب تسمى « مسألة الامتحان » لأنها تصح من ثلاثين ألفاً ومائتين وأربعين .

وذلك : أنك إذا ضربت الأعداد بعضها في بعض : بلغ ألفاً ومائتين وستين . مضروبة في أصل المسألة ، وهو أربعة وعشرون : تبلغ ما قلنا .

فيقال : أربعة أعداد — وليس منهم من يبلغ عدده عشرة — بلغت مسألتهم إلى ذلك . فيعايى بها .

فائدة : قوله (وَإِنْ كَانَتْ مُوَافِقَةً ، كَأَرْبَعَةٍ ، وَسِتَّةٍ ، وَعَشَرَةٍ) .

هذا يسمى « الموقوف المطلق »

ذلك أن تقف أي الأعداد شئت ويصح جزء السهم من ستين

وبقي نوع آخر ، ويسمى « الموقوف المقيد »

مثاله . لو انكسر على اثني عشر ، وثمانية عشر ، وعشرين فهنا تقف الاثني عشر ، لا غير لأنها توافق الثمانية عشر بالأسداس ، والعشرين بالأرباع . بخلاف ما إذا وقفت الثمانية عشر . فإنها لا توافق العشرين إلا بالإنصاف وإن وافقت العشرين . لا توافقها الثمانية عشر إلا بالأنصاف فيرتفع العمل في المسألة وهو غير مرضي عندهم

فالأولى . أن تقف الاثني عشر وقس عليها ما شابهها .

باب المناسخات

فائدة : قوله (ومعناها : أن يموت بعض الورثة قبل قسم تركته)

وهو صحيح . فلو مات شخص وترك أبوين وابنين ثم ماتت إحدى البنتين وخلف من في المسألة . فلا بد هنا من السؤال عن ميت الأول .

فإن كان رجلا : فالأب في المسألة الأولى جد في الثانية ، أو أب . فيرثه في الثانية .

وإن كان الميت الأول : أنثى ، فالأب في الأولى جد في الثانية أبو أم . فلا يرث .

تصح في الأولى من أربعة وخمسين .

وفي الثانية : من اثني عشر .

وتسمى « المأمونية » لأن المأمون سأل عنها يحيى بن أكثم ، لما أراد أن يوليه القضاء . فقال له : ميت الأول ذكر أم أنثى ؟ هل أنه قد عرفها .

فقال له : كم سنك ؟ فعلم يحيى ذلك ، وظن أنه استصغره . فقال : ابن معاذ بن جبل رضي الله عنه ، ولاه النبي صلى الله عليه وسلم اليمن ، وابن عتاب ابن أسيد رضي الله عنه ، ولي مكة ، فاستحسن جوابه ، وولاه القضاء .

باب قسم التركات

فائدتان

إحداهما : لو قال قائل : إنما يرثني أربعة بنين ، ولي تركة . أحد الأكبر دينار وخمس ما بقي وأحد الثاني دينارين وخمس ما بقي وأحد الثالث ثلاث دنانير وخمس ما بقي . وأحد الرابع جميع ما بقي والحال أن كل واحد منهم أخذ حقه ، من غير زيادة ولا نقصان . كم كانت التركة ؟

فالجواب : أنها كانت ستة عشر ديناراً .

وفي الفروع هنا سهو . فإنه جعل للرابع : أربعة وخمس ما بقي . والحال : أنه لم يبق شيء بعد أخذ الأربعة .

الثانية : لو قال إنسان لمريض . أوص . فقال : إنما يرثني امرأتاك ، وجدتاك وأختاك ، وعمتاك ، وخالتاك .

فالجواب : أن كل واحد منهما تزوج بجدتي الآخر : أم أمه ، وأم أبيه ، فأولد المريض كلا منهما بنتين فهما من أم الأب الصحيح : عمتا الصحيح . ومن أم أمه . خالتاه . وقد كان أبو المريض تزوج أم الصحيح ، فأولدها بنتين .

ونصح من ثمانية وأربعين . ويحيى بها

باب ذوى الأرحام

تنبيه : تقدم فى آخر كتاب الفرائض رواية : أن ذوى الأرحام لا يرثون ألبتة ولا عمل عليه

وقوله هنا فى عددهم ﴿ وَكُلُّ جَدَّةٍ أَدْلَتْ بِأَبٍ بَيْنَ أُمَّيْنِ ، أَوْ بِأَبٍ أَعْلَى مِنَ الْجَدِّ ﴾ .

أما الأولى : فهى من ذوى الأرحام . بلا نزاع .

وأما الجدة الثانية ـ أعنى المدلية بأب أعلى من الجد ـ فهى أيضاً من ذوى الأرحام . على الصحيح من المذهب . كما جزم به المصنف هنا .

وقيل : هى من ذوى الفروض .

اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق ، وقال . هو ظاهر كلام الخرقى .

وتقدم ذلك أيضاً فى أول كتاب الفرائض ، فى فصل الجدات .

وقوله ﴿ وَيَرِثُونَ بِالتَّنْزِيلِ ﴾ .

كما نقل المصنف . هذا المذهب . وعليه الأصحاب وعليه التفريع .

وعنه يرثون على حسب ترتيب العصبة .

قوله ﴿ وَالْعَمَّاتُ وَالْعَمُّ مِنَ الْأُمِّ كَالْأَبِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

منهم القاضى فى التعليق ، والمصنف وغيرهما .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه كالعم ـ نعنى من الأبوين ـ قاله الأصحاب . واختاره أبو بكر .

وقيل : كل عمة كأختيها .

وعنه : العمة لأبوين ، أو لأب ، كالجد

فعليها : العمة لأم ، والعم لأم ، كالجدة أمهما

وقال في الروضة : العمة كالأب . وقيل : كبنت

قلت : الذي يظهر : أن هذا خطأ ، وأي جامع بين العمة والبنت ؟

فائدة : هل عمة الأب على هذا الخلاف ؟

وهل عم الأب من الأم ، وعمة الأب لأم ، كالجد ، أو كعم الأب من الأبوين ، أو كأم الجد ؟ مبني على هذا الخلاف أيضاً

وليس كأب الجد لأنه أجنبي منهما

قوله (فإذا أدلى جماعة بواحد ، واستوت منازلهم منه . فنصيبه بينهم بالسوية ذكرهم وأنثاهم فيه سواء) .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب

قال في الفروع : اختاره الأكثر .

قال أبو الخطاب : اختاره عامة شيوخنا

قال الزركشي : عليه جمهور الأصحاب .

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الفروع ، والمحرر ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : للذكر مثل حظ الأنثيين ، إلا ولد الأم

وقال الخرقي : يسوى بينهم إلا الخال والخالة . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . ذكرها جماعة

واختاره ابن عقيل في التذكرة استحساناً

واختاره أيضاً الشيرازي

قال المصنف في المغني : لا أعلم له وجهاً .

قال القاضي : لم أجد هذا بعينه عن الإمام أحمد رحمه الله .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ أَقْرَبَ مِنْ بَعْضٍ ، فَمَنْ سَبَقَ إِلَى الْوَارِثِ : وَرِثَ ، وَأَسْقَطَ غَيْرَهُ . إِلَّا أَنْ يَكُونَا مِنْ جِهَتَيْنِ ، فَيَنْزِلُ الْبَعِيدُ حَتَّى يَلْحَقَ بِوَارِثِهِ ، سَوَاءٌ سَقَطَ بِهِ الْقَرِيبُ أَمْ لَا . كَبِنْتِ بِنْتِ بِنْتٍ . وَبِنْتِ أَخٍ لِأُمٍّ ﴾

فالصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب : أن المال لبنت بنت البنت بالفرض والرد .

وذكر في الترغيب رواية : أن الإرث للجهة القربى مطلقاً .

وفي الروضة — في ابن بنت ، وابن أخ لأم — له السدس ولابن البنت النصف . فالمال بينهما على أربعة ، بالفرض والرد .

قوله ﴿ والجِهاتُ أَرْبَعٌ : الأُبُوَّةُ ، وَالأُمُومَةُ ، والبُنُوَّةُ ، والأُخُوَّةُ ﴾

هذا أحد الوجوه . اختاره المصنف ، أو لا .

ويلزمه عليه : إسقاط بنت الأخ ، وبنات الأخوات وبنوهن بنات الأعمام والعمات .

قال الشارح : وهو بعيد .

قال في المحرر : وإذا كان ابن ابن أخت لأم ، وبنت ابن ابن أخ لأب فله السدس ، ولها الباقي .

ويلزم من جعل الأخوة جهة : أن يجعل المال للبنت . وهو بعيد جداً حيث يجعل أجنبيتين أهل جهة واحدة . ورده شارحه

قال في الفائق : وهو فاسد

قال في الرعاية : وهو بعيد . وقيل : خطأ .

وذكر أبو الخطاب العمومة جهة خامسة .

وهو مبني على إسقاط بنت العم من الأبوين ، بنت العم من الأم ، وبنت العمة

قال المصنف هنا : ولا عمل به قائلا

وذكر في المغني : أنه قياس قول محمد بن سالم .

قال في الفائق : ولم يعد قبله

قال في الرعاية الصغرى : هذا أشهر .

واعلم أن الصحيح من المذهب : أن الجهات ثلاث ، وهم : الأبوة ، والأمومة والبنوة اختاره المصنف أخيراً ، والمجد ، والشارح .

وجزم به في العمدة ، والوجيز

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع .

ويلزم عليه إسقاط بنت عمة بنت أخ .

قال في الفائق : وهو أفسد من القول الأول .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : النزاع لفظي .

ولا فرق بين جعل « الأخوة » و« البنوة » جهة و بين إدخالها في جهة الأبوة والأمومة . ويحصل الجهات ثلاثاً والاعتراض في الصورتين لا حقيقة له .

لأنه إذا قلنا : إذا كانا من جهة : قدمنا الأقرب إلى الوارث .

فإذا كانا من جهتين : قدم الأقرب إلى الوارث .

فالاسم الجهة عند أبي الخطاب وغيره ـ نعني به ـ ما يشتركان فيه من القرابة .

ومعلوم أن بنت العم والعمة يشتركن في بنوة العمومة . وبنات الإخوة يشتركن في بنوة الأخوة ولم يرد أبو الخطاب بالجهة : الوارث الذي يدلى به .

ولهذا فرق بين الوارث الذي يدلى به ، وبين الجهة . فقال « إلا أن ينسبه إلى وارث آخر غيره ، ونجمعهما جهة واحدة » .

وإذا نزلت بنت العمة والعم منزلة الأب : لم يمنع ذلك أن تكون جهة من جهات العمومة للمشاركة في الاسم . انتهى كلامه .

فائدة : البنوة جهة واحدة ، على الصحيح من المذهب .

قدمه في المحرر ، والفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

وعنه : كل ولد الصلب جهة .

قال في المحرر ، والحاوي : وهي الصحيحة عندي

وعنه : كل وارث يدلي به جهة .

فعمة وابن خال : له الثلث ، ولها البقية .

ولو كان معهما خالة أم : كان الحكم كذلك .

والصحيح من المذهب : أن ابن الخال يسقط بها . ولها السدس . والبقية للعمة

وخالة أم ، وخالة أب : المثال لهما كجدتين وتسقطهما أم أبي الأم على هذه الرواية . والمذهب : تسقط هي

ولو كانت بنت بنت بنت وبنت بنت ابن فالميراث على أربعة بينهما ، إن قيل : كل ولد صلب جهة

وإن قيل كلهم جهة : اختصت به الثانية للسبق

ولو كان معها بنت بنت بنت أخرى ، فالميراث لولدي بنتي الصلب . على الأول ولولدي الابن على الثاني . قاله في الفائق ، وغيره .

قوله ﴿ ومَنْ مِتُّ بِقَرابَتَيْنِ ﴾ أي : أدلى ﴿ وَرِثَ بِهِمَا ﴾ .

على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب ، كشخصين .

وحكي عنه : أنه يرث بأقواهما

قوله ﴿ وإنْ اتَّفَقَ مَعَهُمْ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ : أَعْطَيْتَهُ فَرْضَهُ غَيْرَ مَحْجُوبٍ وَلَا مُعَاوِلَ ، وقَسَمْتَ الْبَاقِي بَيْنَهُمْ ، كَمَا لَوِ انْفَرَدُوا ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

ويحتمل أن يقسم الفاضل عن الزوج بينهم ، كما يقسم بين من أدلوا به .

وهو ظاهر كلام الطرق .

وجزم به القاضى فى التعليق . وذكره فى الواضح .

والأمثلة التى ذكرها المصنف بعد ذلك مبنية على هذا الخلاف .

وقد علمت المذهب منه .

باب ميراث الحمل

فائدة : الحمل يرث في الجملة . بلا نزاع

لكن هل يثبت له الملك بمجرد موت مورثه ، و يتبين ذلك بخروجه حياً ، أم لا يثبت له الملك حتى ينفصل حياً ؟ فيه خلاف بين الأصحاب .

قال في القواعد الفقهية : وهذا الخلاف مطرد في سائر أحكامه .

الثانية : هل هي معلقة بشرط انفصاله حياً . فلا تثبت قبله ، أو هي ثابتة له في حال كونه حملا ، لكن ثبوتها مراعى بانفصاله حياً . فإذا انفصل حياً تبينا ثبوتها من حين وجود أسبابها ؟

وهذا هو تحقيق معنى قول من قال : هل الحمل له حكم أم لا ؟ .

قال : والذي يقتضيه نص الإمام أحمد رحمه الله في الإعتاق على أمه من نصه : أنه يثبت له الملك بالإرث من حين موت أبيه . وصرح بذلك ابن عقيل وغيره من الأصحاب .

ونقل عن الإمام أحمد رحمه الله ما يدل على خلافه ، وأنه لا يثبت له الملك إلا بالوضع

وقال المصنف ـ ومن تابعه ـ في فطرة الجنين : لا تثبت له أحكام الدنيا إلا في الإرث في الوصية ، بشرط خروجه حياً انتهى

فائدة : قوله ﴿ وَقَفْتَ لَهُ نَصِيبَ ذَكَرَيْنِ إِنْ كَانَ نَصِيبُهُمَا أَكْثَرَ ، وَإِلَّا وَقَفْتَ نَصِيبَ أُنْثَيَيْنِ ﴾ .

وكذا لو كان إرث الذكر والأنثى أكثر فانه في رعايتين

وهذا بلا نزاع وهو من مفردات المذهب .

فمثال كون الذكر من نصيبهما أكثر : لو خلف زوجة حاملا

ومثاله في الأنثيين كزوجة حامل مع أبوين

ومثله فى الذكر والأنثى : لو خلق روحة ، أو خلقت روحاً ، وأنه حاملا

قاله فى الرعاية الكبرى . وفيه نظر ظاهر .

قوله ﴿ وَإِذَا اسْتَهَلَّ الْمَوْلُودُ صَارِخًا : وَرِثَ ، وَوُرِثَ ﴾ بخفف .

هذا المذهب . نقله أبو طالب .

قال فى الروضة : هذا الصحيح عندى .

وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : يرث أيضاً بصوت غير الصراخ .

قوله ﴿ وفى مَعْنَاهُ الْعُطَاسُ والتَّنَفُّسُ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه فى العطاس .

وجزم به فى الرعايتين ، والوجيز ، والحاوى الصغير ، والهداية ، والخلاصة ، وغيرهم

وجزم به فى المذهب فى العطاس وقدمه فى الفائق

وقال القاضى وأصحابه ، وجماعة : فى التنفس .

قال فى الفائق : وشرط القاضى طول زمن التنفس

وقال فى الترغيب : إن قامت بينة أن الجنين تنفس ، أو تحرك ، أو عطس : فهو حى

وقال فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، فى هذا الباب : فإن تحرك أو تنفس . لم يكن كالاستهلال

ونقل ابن الحكم : إذا تحرك ، فعليه دية كاملة ولا يرث ولا يورث ، حتى يستهل

وظاهر ماقدمه فى الفروع : أن مجرد التنفس كالاستهلال .

وقال فى الفائق : وعنه يتبين الاستهلال فقط

قوله ﴿ والارْتِضَاع ﴾ .

يعنى أنه فى معنى الاستهلال صراحاً . فيرث ويورث بذلك وهو المذهب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والإرشاد ، والمحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : هذا الأشهر

وقدمه فى الحاوى ، وغيره

وقيل : لايرث بذلك ، ولايورث .

وتقدمت الرواية التى ذكرها فى الحاوى

قوله ﴿ وَمَا يَدُلُّ عَلَى الْحَيَاةِ ﴾ .

كالحركة الطويلة ، والبكاء ، وغيرهما مما يعلم به حياته وهذا المذهب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : هذا الأشهر وقيل : لايرث ولايورث بذلك

قوله ﴿ فَأَمَّا الْحَرَكَةُ وَالاخْتِلاجُ : فَلا يَدُلُّ عَلَى الْحَيَاةِ ﴾ .

مجرد الاختلاج لايدل على الحياة

وأما الحركة : فإن كانت يسيرة فلا تدل بمجردها على الحياة .

قال المصنف : ولو علم معهما حياة . لأنه لا يعلم استقرارها . لاحتمال كونها كحركة المذبوح فإن المذبوح يتحرك بعد ذبحه حركة شديدة وهو كميت .

وكذا التنفس اليسير ، لايدل على الحياة . ذكره فى الرعاية .

وإن كانت الحركة طويلة فالمذهب : أنها تدل على الحياة ، وأن حكمها حكم الاستهلال صارخاً

قال فى الفروع : هذا الأشهر . وقيل : لايرث ولايورث بذلك

وتقدمت الرواية التى فى الحاوى فإنها تشمل ذلك كله .

قوله ﴿ وَإِنْ ظَهَرَ بَعْضُهُ فَاسْتَهَلَّ ، ثُمَّ انْفَصَلَ مَيِّتًا لَمْ يَرِثْ ﴾ .

هذا المذهب جزم به فى الكافى ، والوجيز

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

وقدمه فى الفروع ، والشرح .

وعنه : يرث

قال فى الخلاصة : ورث فى الأصح

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وشرح ابن منجا .

تنبيه : قوله ﴿ وَإِنْ وَلَدَتْ تَوْأَمَيْنِ ، فَاسْتَهَلَّ أَحَدُهُمَا ، وَأَشْكَلَ : أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا فَمَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ : فَهُوَ الْمُسْتَهِلُّ ﴾ .

مراده : إذا كان إرثهما مختلفا فلو كانا ذكرين ، أو أنثيين ، أو ذكرا وأنثى أحوبن لأم : لم نقرع بينهما . ونقرع فيما سوى ذلك ، وهو واضح

فائدتان

إحداهما : لو مات كافر عن حمل منه : لم يرثه الحمل . للحكم بإسلامه قبل وضعه . على الصحيح من المذهب نص عليه . ونصره فى القواعد الفقهية .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق

وقيل : يرث اختاره القاضى فى بعض كتبه .

قال فى الفروع : وهو أظهر .

قلت : وهو الصواب .

وفى المستوعب للسامرى : يحكم بإسلامه بعد وضعه ، ويرثه .

ثم ذكر عن الإمام أحمد رحمه الله إذا مات حكم بإسلامه ولم يرثه . وحمله على ولادته بعد قسم الميراث .

الثانية : إذا مات كافر عن حمل من كافر عنه ، فأسلمت أمه قبل وضعه ، مثل أن يخلف أمه حاملا من غير أبيه : فحكمه حكم أمه الأولى قاله الأصحاب

قال فى الرعاية : ويحتمل أن يرث حيث ثبت النسب

تنبيه : روى عن الإمام أحمد رحمه الله في ذلك نصوص نذكرها ونذكر ما فسره الأصحاب به . فنقول :

روى جعفر عنه في نصراني مات وامرأته نصرانية ، وكانت حبلى فأسلمت بعد موته ، ثم ولدت ، هل يرث ؟

قال : لا . وقال : إنما مات أبوه وهو لا يعلم ما هو ، وإنما يرث بالولادة . وحكم له بحكم الإسلام .

وقال محمد بن يحيى الكحال ، قلت لأبي عبد الله : مات نصراني ، وامرأته حامل . فأسلمت بعد موته ؟ قال : ما في بطنها مسلم .

قلت : أيرث أباه إذا كان كافراً وهو مسلم ؟ قال : لا يرثه .

فصرح بالمنع من إرثه لأبيه ، معللا بأن إرثه تأخر إلى ما بعد الولادة . وإذا تأخر توريثه إلى ما بعد الولادة ، فقد سبق الحكم بإسلامه وهو الولادة ، إما بإسلام أمه ، كما دل عليه كلام الإمام أحمد رحمه الله هنا ، أو بموت أبيه ، على ظاهر المذهب . والحكم بالإسلام لا يتوقف على العلم به ، بخلاف التوريث

وهذا يرجع إلى أن التوريث تأخر عن موت المورث إذا انعقد سببه في حياة المورث . وأصول الإمام أحمد رحمه الله تشهد لذلك . ذكره ابن رجب في قواعده

وقال : وأما القاضي والأكثرون . فاضطربوا في تخريج كلام الإمام أحمد رحمه الله ، وللقاضي في تخريجه ثلاثة أوجه

الوجه الأول : أن إسلامه قبل قسم الميراث أوجب منعه من التوريث . وهي طريقة القاضي في المجرد ، وابن عقيل في الفصول .

قال ابن رجب : وهي ظاهرة الفساد .

والوجه الثاني : أن هذه الصورة من جملة صور توريث الطفل المحكوم بإسلامه بموت أبيه . ونصه هذا يدل على عدم التوريث . فتكون رواية ثانية في المسألة . وهذه طريقة القاضي في الروايتين

قال ابن رجب : وهي ضعيفة . لأن الإمام أحمد رحمه الله صرح بالتعليل بغير ذلك . ولأن توريث الطفل من أبيه الكافر — وإن حكم بإسلامه بموته — غير مختلف فيه ، حتى نقل ابن المنذر وغيره : الإجماع عليه . فلا يصح حمل كلام الإمام أحمد رحمه الله على ما يخالف الإجماع

والوجه الثالث : أن الحكم بإسلام هذا الطفل حصل تشبثاً بموت أبيه ، وإسلام أمه

وهذا الذي مانع قوي . لأنه متفق عليه . فلذلك منع الميراث ، بخلاف الولد المنفصل إذا مات أحد أبويه . فإنه يحكم بإسلامه ، ولا يمنع إرثه . لأن المانع فيه ضعيف للاختلاف فيه .

وهذه طريقة القاضي في خلافه .

قال ابن رجب : وهي ضعيفة أيضاً ، ومخالفة لتعليل الإمام أحمد رحمه الله فإنه إنما علل بسبق المسلم لتوريثه ، لا بقوة المانع وضعفه .

وإنما ورث الإمام أحمد رحمه الله من حكم بإسلامه بموت أحد أبويه لقدرة المانع لا لضعفه . انتهى ما ذكره في القواعد

فائدتان

إحداهما : لو زوج أمته بحر ، فأحبلها . فقال السيد : إن كان حملك ذكراً فأنت وهو رقيقان . وإلا فأنتما حران . فهي المسئلة . إن ألد ذكراً لم أرث ولم يرث ، وإلا ورثته فيعتق بها

وتقدم مسائل في العتاية . فيما إذا كانت حاملاً

الثانية : لو خلف ورثة ، وأمًّا مزوجة ، فقال في المغني : ينبغي أن لا يطأها حتى تستبرأ .

وذكر غيره من الأصحاب : يحرم الوطء حتى يعلم : أحامل هي أم لا ؟ وهو الصواب

باب ميراث المفقود

قوله ﴿ وَإِذَا انْقَطَعَ خَبَرُهُ لِغَيْبَةٍ ظَاهِرُهَا السَّلَامَةُ ، كَالتِّجَارَةِ وَنَحْوِهَا انْتَظَرَتْهُ تَمَامَ تِسْعِينَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . صححه فى المذهب ، وغيره .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

قال فى الهداية وغيره : هذا أشهر الروايتين

وجزم به فى الخلاصة ، والوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : تنتظر أبداً .

فعليه : يجتهد الحاكم فيه ، كغيبة دون تسعين . ذكره فى الترغيب .

قال فى الرعايتين ، والحاوى ، فى باب العدد : وإن كان ظاهرها السلامة ، ولم تثبت موته : نفيت زوجته ما رأى الحاكم . ثم تعتد للوفاة .

وأطلقهما فى الشرح ، والنظم

وعنه : تنتظر أبداً حتى تتيقن موته . لأن الأصل حياته .

قدمه فى باب العدد فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمصنف ، والشرح ، وقالا : هذا المذهب . ونصراه .

وعنه : تنتظر زمناً لا يعيش مثله غالباً اختاره أبو بكر ، وغيره .

وقال ابن عقيل : تنتظر مائة وعشرين سنة من يوم ولد .

وقال ابن رزين : يحتمل عندى : أن ينتظر به أربع سنين لقضاء عمر بن الخطاب رضى الله عنه بذلك .

قال فى الفروع : وإنما قضاؤه فيمن هو فى مهلكة .

قال فى الفائق ، قلت : فلو فقد ، وله تسعون سنة : فهل تنتظر عدة الوفاة ؟ أو يرجع إلى اجتهاد الحاكم ، أو يرتقب أربع سنين ؟ يحتمل أوجها .

أفتى الشيخ شمس الدين : بالأول - يعنى به الشارح - والمختار الأخير انتهى .

قلت : قد تقدم أن صاحب الترغيب قال : يجتهد الحاكم . ووافقه على ذلك فى الفروع . وهو أولى .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ ظَاهِرُهَا الْهَلَاكُ ﴾ كما مثل المصنف ﴿ انْتُظِرَ بِهِ تَمَامُ أَرْبَعِ سِنِينَ . ثُمَّ يُقْسَمُ مَالُهُ ﴾ .

هذا المذهب .

قال المصنف ، وصاحب الفائق ، والشارح : هذا المذهب . نص عليه .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

وجزم به فى الوجيز ، فقال : انتظر به تمام أربع سنين منذ تلف

وتابع صاحب الرعاية الكبرى فى ذلك

والأولى : منذ فقد . وهو من مفردات المذهب

وعنه : ينتظر به أربع سنين وزيادة أربعة أشهر وعشر

قال القاضى : لا تقسم ماله حتى تمضى عدة الوفاة ، بعد الأربع سنين .

وعنه : التوقف فى أمره

وقال : كنت أقول ذلك ، وقد هبت الجواب فيه ، لاختلاف الناس . وكأنى أحب السلامة

قال فى المستوعب ، قال أصحابنا : وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله أولا وتكون امرأة على الزوجية حتى تموت ، أو يمضى زمن لا يعيش فيه مثله .

ويحتمل التورع . وتكون ما قاله أولا محله فى الحكم

وعنه : حكمه فى الانتظار . حكم التى ظاهرها السلامة

(١) وقال في الواضح : ينتظر زمناً لا يجوز مثله ، قال : وحدها ـ في بعض رواياته ـ بتسعين سنة . وقيل : بسبعين

فائدة : نقل الميموني ـ في عبد مفقود ـ الظاهر أنه كالحر

قلت : وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

ونقل مهنا ، وأبو طالب ـ في الأمة ـ أنها على النصف من الحرة .

قوله ﴿ فَإِنْ مَاتَ مَوْرُوثُهُ فِي مُدَّةِ التَّرَبُّصِ : دُفِعَ إِلَى كُلِّ وَارِثٍ الْيَقِينُ ، وَوَقَفَ الْبَاقِي ﴾

وطريق العمل في ذلك : أن تعمل المسألة على أنه حي ، ثم على أنه ميت . ثم تضرب إحداهما ـ أو وفقها ـ في الأخرى . واجتزئ بإحداهما إن تماثلتا ، أو بأكثرهما إن تناسبتا . وتدفع إلى كل وارث اليقين . ومن سقط في إحداهما لم يأخذ شيئاً . وهذا المذهب

وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، والنظم .

وقيل : تعمل المسألة على تقدير حياته فقط . ولا تقف شيئاً سوى نصيبه إن كان يرث

قال في المحرر : وهو أصح عندي

وصححه في الحاوي الصغير ، والفروع

فعلى هذا القول : تؤخذ ضمين ممن معه احتمال زيادة على الصحيح

(١) من أول هنا مراجع على نسخة مخطوطة في حياة المؤلف ، عثر عليها الأخ الأستاذ فؤاد السيد أمين قسم المخطوطات بدار الكتب المصرية . وأعان على تصوير القسم الأخير منها من أول كتاب المواريث ، وسيراجع الفائت من المواريث عليها . ووضع في آخر الجزء الزيادة ، أو الصواب . وأسأل الله التوفيق والسداد وأن يحسن المثوبة للأخ فؤاد السيد

قدمه في الفائق ، والرعايتين

وجزم به ابن عبدوس في تذكرته ، وصححه في النظم .

وقيل : لا يؤخذ منه ضمن

وأطلقهما في المحرر ، والحاوي الصغير ، والفروع

قوله (فإن قدم أحد نصيبه) بلا نزاع .

وقوله (وَإِنْ لَمْ يَأْتِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَالِهِ) .

هذا الصحيح ، صححه في المحرر ، والنظم

قال في الفائق : هو قول غير صاحب المغني فيه .

وقطع به في الكافي ، والوجيز ، وشرح ابن منجا

وقدمه في المحرر أيضاً ، والحاوي الصغير .

وقيل : يرد إلى ورثة الميت الذي مات في مدة التربص ، قطع به في المغني .

وقدمه في الرعايتين ، وأطلقهما في الفروع . وحكاهما في الشرح روايتين .

قال في الفروع : والمعروف وجهان .

قلت : لم نر من حكاهما ، والمبين غيره

فعلى الأول : يقضى منه دين المفقود . بلا نزاع

وينفق على زوجته أيضاً وعبده وبهيمته ، وصححه في المحرر ، وغيره .

قال في الفائق : يقضى منه تلك الحالة دينه ، وينفق على زوجته ، وغير ذلك انتهى

وعلى الثاني : لا يقضى منه دينه ، ولا ينفق منه على زوجته ، ولا عبده ، ولا بهيمته ، جزم به صاحب المحرر ، والتهذيب ، والفصول ، والمستوعب ، والمغني ، وغيرهم

وقال في القاعدة التاسعة والخمسين ، بعد المائة : يقسم ماله بعد انتظاره

وهل تثبت له أحكام المعدوم من حين فقده ، أولا تثبت إلا من حين

إباحة أزواجه ، وقسمة ماله ؟ على وجهين ينبني عليهما : لو مات له في مدة انتظاره من يرثه . فهل يحكم بتوريثه منه أم لا ؟ .

ونص الإمام أحمد رحمه الله : أنه يزكي ماله بعد مدة انتظاره ، معللاً بأنه مات وعليه زكاة

وهذا يدل على أنه لا يحكم له بأحكام الموت إلا بعد المدة . وهو الأظهر . انتهى

قوله ﴿ وَلِبَاقِي الوَرَثَةِ أَنْ يَصْطَلِحُوا ﴾

عَلَى مَا زَادَ عَنْ نَصِيبِهِ فَيَقْتَسِمُوهُ .

يجوز للورثة أن يصطلحوا على ما زاد عن نصيب المفقود ولهم أن يصطلحوا على كل الموقوف أيضاً ، إن حجب أحداً ولم يرث ، أو كان أخاً لأب : عَصَّب أخته مع زوج وأخت لأبوين وهذا كله مفرع على الصحيح من المذهب .

أما على ما اختاره صاحب المحرر — وهو أنا نعمل المسألة على تقدير حياته فقط — فلا يتأتى هذا .

وقد تقدم أنه يؤخذ ضمين ممن معه احتمال زيادة . على الصحيح . فليعاود .

فوائد

الأولى : إذا قدم المفقود ، بعد قسم ماله : أخذ ما وجده بعينه ، ويرجع على من أخذ الباقي على الصحيح من المذهب . نص عليه في رواية عبد الله . واختاره أبو بكر .

قال في الفائق : وهو أصح وصححه ابن عقيل وغيره

وجزم به المصنف وغيره .

وعنه : لا يرجع على من أخذ نص عليه في رواية ابن منصور

وقال : إنما قسم بحق لهم

قال فى الفروع : اختاره جماعة . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وظاهر الفروع : إطلاق الخلاف . فإنه قال : رجع فى رواية .

ونقل ابن منصور : لا يرجع

الثانية : لو حُمل لأسير من وقف شىء : تسلمه وحفظه وكيله ، ومن ينتقل إليه بعده جميعاً ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله واقتصر عليه فى الفروع .

وقال : ويتوجه وجه يكفى وكيله .

قلت : ويتوجه أن يحفظه الحاكم إذا عدم الوكيل . لأنه المتكلم على أموال الغياب ، على ما يأتى فى أواخر « باب أدب القاضى » .

الثالثة : المشكل نسبه كالمفقود

فلو قال رجل أحد هذين ابنى ، ثبت نسب أحدهما ، فيعينه فإن مات عينه وارثه فإن تعذر أُرِىَ القافة . فإن تعذر عُيِّن أحدهما بالقرعة . ولا مدخل للقرعة فى النسب على ما يأتى . ولا يرث ، ولا يوقف .

ويصرف نصيب ابن لبيت المال . ذكره فى المنتخب عن القاضى

وذكر الأرجى عن القاضى : يعزل من التركة ميراث ابن يكون موقوفاً فى بيت المال للعلم باستحقاق أحدهما

قال الأرجى ، ومذهب الصحيح : لا وقف ، لأن الوقف إنما يكون إذا رُجِى زوال الإشكال

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم : ومن افتقر نسبه إلى قائف ، فهو فى مدة إشكاله كالمفقود

الرابعة : قال فى الرعاية الكبرى : والعمل فى المفقودين ، أو أكثر ، متعذر يلهم بعدد أحوالهم لا غير ، دون العمل بالحدس

باب ميراث الخنثى

قوله ﴿وإن خرجا معًا: اعتبر أكثرهما فإن استويا فهو مشكل﴾

هذا المذهب نص عليه وجزم به في الوجيز، والهداية، والخلاصة، وغيرهم وقدمه في المحرر، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وقيل: لا تعتبر الكثرة ونقله ابن هانئ، وهو ظاهر كلام أبي الفرج وغيره فإنه قال: هل يعتبر السبق في الانقطاع؟ فيه روايتان ولم يذكر الكثرة.

وقال في التبصرة: يعتبر أطولهما خروجًا ونقله أبو حفص لأن بوله يمتد، وبول يسيل

وقال القاضي، وابن عقيل: إن خرجا معا حكم بعدد

وقدم ابن عقيل الكثرة على السبق.

وقيل: إن انتشر بوله على كثيب رمل: فذكر وإن لم ينتشر. فأنثى

قال في الرعاية: وفيه بعد.

وقال ابن أبي موسى: تعد أصلاعه. فستة عشر ضلعا: للذكر، وسبعة عشر للأنثى

قال في الرعاية: وفيه بعد

قوله ﴿وإن كان يُرجى انكشافُ حاله - وهو الصغير - أُعطيَ هو ومَن معه اليقينَ ووقف الباقي حتى يَبْلُغ، فتظهرَ فيه علاماتُ الرجالِ، مِنْ نباتِ لحيته، وخروجِ المنيِّ مِنْ ذكره، أو علاماتُ النساء، مِنَ الحيض ونحوِه﴾

كسقوط التذيين نص عليه وهذا المذهب نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب وجزم به في الوجيز، والمحرر، والمنور، وغيرهم. وقدمه في الفروع، وغيره.

وقيل : لا أنوثة بسقوط الثديين

وقيل : إن اشتهى النساء فذكر في كل شيء .

قال القاضي في الجامع : إلا في الإرث والدية . لأن للغير حقا . وإن اشتهى ذكراً : فأنثى .

وقال في عيون المسائل : إن حاض من فرج المرأة ، أو احتلم منه ، أو أنزل من ذكر الرجل : لم يحكم بالحبوثة . لجواز كونه حلقة زائدة .

وإن حاض من فرج النساء ، وأنزل من ذكر الرجل : فبالغ بلا إشكال .

وتقدم في باب الحجر « بما يحصل به بلوغ الخنثى المشكل » فليعاود . فإن فيه نوع التفات إلى هذا

قوله ﴿ وإنْ يُئِسَ مِنْ ذَلِكَ بِمَوْتِهِ ، أَوْ عَدَمِ الْعَلاَمَاتِ بَعْدَ بُلُوغِهِ : أُعْطِيَ نِصْفَ مِيرَاثِ ذَكَرٍ ، وَنِصْفَ مِيرَاثِ أُنْثَى . فَإِذَا كَانَ مَعَ الْخُنْثَى بِنْتٌ وَابْنٌ : جَعَلْتَ لِلْبِنْتِ أَقَلَّ عَدَدٍ لَهُ نِصْفٌ . وَهُوَ سَهْمَانِ . وَلِلذَّكَرِ أَرْبَعَةٌ . وَلِلْخُنْثَى ثَلاثَةٌ ﴾ .

وهذا اختيار المصنف ، وقال : هذا قول لا بأس به في هذه المسألة ، وفي كل مسألة فيها ولد ، إذا كان فيهم خنثى .

وجزم به في الوجيز . وقدمه في الفروع

وقال أصحابنا : تعمل المسألة على أنه ذكر ، ثم على أنه أنثى . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وهو من المفردات

فيستحق — على اختيار المصنف ومن تابعه — في هذه المسألة : ثلاثة من تسعة . وهي الثلث . وعلى قول الأصحاب : يستحق ثلاثة عشر من أربعين . وهي أقل من الثلث

قوله ﴿ ثُمَّ تَضْرِبُ إِحْدَاهُمَا أَوْ وَفْقَهَا فِي الأُخْرَى إِنْ اتَّفَقَا . وَتَجْتَزِيءُ بِإِحْدَاهُمَا إِنْ تَمَاثَلَتَا ، أَوْ بِأَكْثَرِهِمَا إِنْ تَنَاسَبَتَا ﴾ .

هكذا قال الأصحاب . وقال فى الرعاية : وقيل . لمناسب هما نوع من الموافق .

تنبيه : مراده بقوله « أعطى نصف ميراث ذكر ، ونصف ميراث أنثى » إذا كان يرث بهما متفاصلا ، كولد الميت أو ولد ابنه .

أما إذا ورث بكونه ذكراً فقط ـ كولد أخى ليت أو عمه ونحوه ـ فله نصف ميراث ذكر لاغير ، أو ورث بكونه أنثى فقط ـ كولد أب خنثى مع زوج وأخت لأبوين ونحوه ـ فله نصف ميراث أنثى لاغير . أو يكون لذكر ولأنثى لاعاصل بينهما ـ كولد الأم ـ فإنه يعطى سدساً مطلقاً . أو كان الخنثى سيداً معتقاً . فإنه عصبة بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَا خُنْثَيَيْنِ فَأَكْثَرَ نَزَّلْتَهُمْ عَلَى عَدَدِ أَحْوَالِهِمْ ﴾ .

وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب منهم ابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم وقال أبو الخطاب : يورثهم حالين ـ مرة ذكوراً ، ومرة إناثاً وقدمه فى الرعايتين

وقال فى الفروع ، وقال ابن عقيل : نقسم التركة ، ولا نوقف مع خنثى مشكل على الأصح .

وقال فى الفائق : وفيه وجه يورثون حالين فقط ، ذكوراً وإناثاً . اختاره أبو الخطاب ، مع مراعاتهم مع غيرهم من وجه واحد .

وفيها وجه ثالث ، وهو : قسمة مستحقيهم بينهم على أنصبائهم منه دين فلو كان الوارث اثنى وولدين خنثيين . صحت من مائتين وأربعين ، على تنزيلهم على الأحوال . للابن ثمانية وتسعون ، ولكل خنثى أحد وصبعون .

وتصح على الحالين من أربعة وعشرين عشرة للابن ، ولكل خنثى سبعة وعلى الوجه الثالث : تصح من عشرة . للابن أربعة . ولكل خنثى ثلاثة ولو كان الوارث ولداً ، أو ولدين خنثيين وعمّاً : صحت المسألة من أربعة وعشرين ، ثمانية عشر للولد ، وأربعة لولد الابن ، وسهمان للعم

وعلى العمل بالحالين يسقط ولد الابن هنا ، لو كان مع ولد الصلب أخته . قاله في الرعاية الكبرى . وفي الصغرى « ولو كان » بزيادة واو .

فوائد

الأولى : لو أعضيت الخنثى اليقين قبل اليأس من انكشاف حالهم ، وبينهم بعدد أحوالهم ، بلا خلاف . وكذا حكم المفقود كما تقدم

الثانية : لو صلح خنثى مشكل من معه على ماوقف له : صح ، إن كان بعد البلوغ ، وإلا فلا .

الثالثة : قال المصنف . لقد وجدت في عصرنا شيئاً ، يذكره الفرضيون قبلنا وجدت شخصين ليس هو في قبلتهما مخرج ، لا ذكر ، ولا فرج

أما أحدهما : فذكروا أنه ليس له في قبله إلا لحمة ناتئة كالزوجة . يرشح البول منها رشحاً على الدوام .

والثاني ليس له إلا مخرج واحد فيما بين المخرجين ، منه يتغوط ومنه يبول

وسألت من أخبرني عن رؤيته ؟ فقال : يلبس لبس النساء ويخالطهن ، ويغزل معهن ، ويعد نفسه امرأة

وحدثت أن في بلاد العجم شخصاً ليس له مخرج أصلا ، لا قبل ولا دبر . وإنما يتقيأ مايأكله ويشربه .

قال المصنف : فهذا - وما أشبهه - في معنى الخنثى ، لكنه لايمكن اعتباره بسؤاله فإن لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل انتهى

وقال في الرعاية الكبرى ، في موضع : ومن له ثقب واحد يخرج منه البول والمني ولدم : فله حكم الخنثى

وقال في موضع آخر . وإن كان له ثقب واحد يرشح منه البول . فهو خنثى مشكل ، كما تقدم

باب ميراث الغرقى ومن عُمِّي موتهم

قوله ﴿ وَإِذَا مَاتَ مُتَوَارِثَانِ، وَجُهِلَ أَوَّلُهُمَا مَوْتًا، كَالْغَرْقَى وَالْهَدْمَى وَاخْتَلَفَ وَارِثُهُمَا فِي السَّابِقِ مِنْهُمَا ﴾.

إذا مات متوارثان وجهل أولهما موتاً فلا يخلو إما أن يجهلوا السابق ويختلفوا فيه، أو يجهلوا السابق ولا يختلفون فيه

فإن جهلوا السابق ولم يختلفوا فيه، فالصحيح من المذهب أن كل واحد من الموتى يرث صاحبه من بلاد ماله، دون ما ورثه من الميت لئلا يدخله الدور. نص عليه.

قال المصنف هنا: هذا ظاهر المذهب

وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الفروع، وغيره

وقال: نص عليه واختاره الأكثر وهو من مفردات المذهب

وخرج أبو بكر ومن بعده منع توارث بعضهم من بعض

وهذا التخريج من المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله، فيما إذا اختلف ورثة كل ميت في السابق منهم، ولا بينة في المسألة الآتية بعد هذه

واختاره المصنف، والمجد، وحفيده الشيخ تقي الدين رحمهما الله، وصاحب الفائق.

فائدة: وعُلم السابق منهما موتاً، ثم نسي، أو جهلوا عينه، فالصحيح من المذهب: أن حكمه حكم المسألة التي قبلها وعليه أكثر الأصحاب

قال القاضي: هو قياس المذهب.

وقدمه في المحرر، والفروع، والفائق، والزركشي

قال في القواعد: هذا المذهب. وقيل: يعين بالقرعة

وقال الأرجح: إنما لم تجز القرعة هنا لعدم دخولها في النسب.

قال القاضي : لايتتع أن تحول بالقرعة هنا

وذكر النووي : أنه يعمل باليقين ، ويقف مع الشك ، حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا . واختاره المصنف ، والشارح أيضاً .

والمسألة الثانية : إذا جهلوا السابق . واختلف وارثهما في السابق منهما ، ولا بينة ، أو كانت بينة وتعارضت : تحالفا . ولم يتوارثا . على الصحيح من المذهب نص عليه

قال المصنف هنا : وهذا أحسن إن شاء الله تعالى

واختاره الخرقي وقدمه في الفروع ، وقال : اختاره الأكثر . وقدمه في الفائق ، والزركشي

وقال جماعة : يتوارثان ، منهم أبو الخطاب

قال القاضي في المجرد ، وابن عقيل . هذا قياس المذهب .

وحمله المصنف هنا ظاهر المذهب .

وقيل : يقرع بينهما

قال ابن أبي موسى : القرعة عند أشبههما . وصححه أبو بكر في كتاب الخلاف

وقال جماعة من الأصحاب : وإن تعارضت البينة ـ وقلنا بقسمه ـ قسم بينهما ماختلفا فيه نصفين قاله في القواعد

والوجه الرابع ـ وهو اختيار أبي بكر في كتاب الخلاف ـ : أنه يقسم القدر المشترع فيه من ميراث بين مدعييه نصفين . وعليهما اليمين في ذلك كما لو تنازعا دابة في أيديهما

ويأتي هذا بعينه في كلام المصنف ، في « باب تعارض البينتين »

فوائد

الأولى : لو عين الورثة موت أحدهما ، وشكوا ، هل مات الآخر قبله ،

أو بعده ؟ ورث من شك في وقت موته من الآخر . لأن الأصل بقاؤه . وهذا المذهب قدمه في المحرر ، والفروع ، والفائق .

وقيل : لا توارث بينهما

قال في المحرر : وهو بعيد

قال في الفائق : وهو ضعيف .

التنبيه : لو تحقق موتهما معًا لم يتوارثا اتفاقًا

الثالثة ـ وهي غريبة ـ لو مات أحوال عند الزوال ـ أحدهما : بالمشرق ، والآخر بالمغرب ـ ورث الذي مات بالمغرب من الذي مات بالمشرق ، لموته قبله . بناء على اختلاف الزوال قاله في الفائق .

وقال : ذكره بعض العلماء . قال : وهو صحيح .

قلت : فيعمل به

ولو ماتا عند ظهور الهلال ، قال في الفائق فيه وجهان في المذهب والمختار أنه كالزوال انتهى .

فيعمل به أيضًا على الصحيح

باب ميراث أهل الملل

قوله (لا يَرِثُ المُسْلِمُ الكافِرَ ، ولا الكافِرُ المُسْلِمَ) .

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب

وقال الشيخ تقي الدين — رحمه الله — يرث المسلم من قريبه الكافر الذي لئلا تمنع قريبه من الإسلام ، ولوجوب نصرتهم ولا ينصرونه

تنبيه : ظاهر كلام المصنف أنه لا إرث بينهما بالولاء ، وهو إحدى الروايتين

والصحيح من المذهب : أنه يرث بالولاء ، قدمه في المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

وعلى ذلك في كلام المصنف في « باب الولاء »

قوله (إلا أن يُسْلِمَ قبل قسم ميراثه ، فيَرِثُهُ)

وكذا لو كان مرتداً على ما مشى في كلام المصنف . وهذا المذهب ، جزم به في الوجيز ، وغيره .

قال في الفروع : هذا المذهب . قال الزركشي : هذا المشهور .

واختاره الشريف ، وأبو الخطاب في خلافيهما ، وقدمه في المحرر ، والفروع ، والفائق ، وهو من المفردات .

وعنه : (لا يَرِثُ) .

صححه جماعة ، واختاره في الفائق

قال في القاعدة الخامسة والأربعين بعد المائة : وحكى القاضي عن أبي بكر : أن الزوجين لا يتوارثان بالإسلام قبل القسمة ، ثم

قال : وظاهر كلام الأصحاب خلافه ، وأنه لا فرق بين الزوجين وغيرهما .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره أنه سواء كان المسلم زوجة أو غيرها من

يرث . وهو صحيح وصرح به القاضي وغيره ونص عليه في رواية البرزطي مالم تنقض عدتها .

وقيل : لاترث الزوجة إذا أسلمت

قال في الفائق : ولو كان المسلم زوجة لم ترث في قول أبي بكر وورثها القاضي

وهو ظاهر كلام الخرقي ذكره ابن عقيل .

قال في القواعد — بعد أن قطع بالأول — وعلى هذا : لو أسلمت المرأة أولاً ، ثم ماتت في مدة العدة . . يرثها زوجها الكافر ، ولو أسلم قبل القسمة لانقطاع علق الزوجية عند موته .

قوله ﴿ وإن عتق عند بعد موت مورثه ، وقبل القسمة : لم يرث وحظها واحدا ﴾ .

قال في الهداية ، وغيره رواية واحدة وهو الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به في المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيره .

قال في الرعايتين ، والحاوي الصغير : هذا المذهب

وقدمه في الفائق ، وغيره وصححه في الترغيب ، وغيره .

وعنه يرث . ذكرها ابن أبي موسى وجزم به التميمي على الإسلام

فائدة : قال في القاعدة السادسة والخمسين ولو وجدت الجزئية عقب موت مورثه ، أو معه — كتعليق العتق على ذلك أو يمين ابن عمه — ثم مات لم يرث ذكره القاضي ، وصاحب المغني

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ينبغي أن يخرج على الوجهين فيما إذا حدثت الأهلية مع الحكم : هل يكتفى بها ، أو يشترط تقدمها ؟

قوله ﴿ وَيَرِثُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بَعْضُهُمْ بَعْضًا ، إِنْ اتَّفَقَتْ أَدْيَانُهُمْ . وَهُمْ ثَلَاثُ مِلَلٍ : الْيَهُودِيَّةُ ، وَالنَّصْرَانِيَّةُ ، وَدِينُ سَائِرِهِمْ ﴾ .

هذا إحدى الروايات

قال الزركشي : هذا قول القاضي ، وعامة الأصحاب . وجزم به في الوجيز

وعنه ، رواية ثانية : أنهم ملل شتى مختلفة وهو الصحيح من المذهب .

اختاره أبو بكر ، والمصنف ، والشارح وقدمه في المحرر ، والفروع .

على هذا : المجوسية ملة ، وعبدة الأوثان ملة ، وعباد الشمس ملة .

وعنه : أن الكفر ملة واحدة اختاره الخلال وقدمه ابن رزين في شرحه

وعنه : اليهودية والنصرانية ملتان ، والمجوسية والصابئة ملة .

وقيل : الصابئة كاليهودية . وقيل : كالنصرانية .

وقد تقدم في أول « باب عقد الذمة » أن الإمام أحمد رحمه الله قال : هم جنس من النصارى .

وقال في موضع آخر : يلفق أنهم يتنصرون

وقيل : من لا كتاب له : ملة واحدة وأطلقهن في الهدي

قوله ﴿ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ أَدْيَانُهُمْ : لَمْ يَتَوَارَثُوا ﴾

هذا المذهب . اختاره أبو بكر ، والشريف ، وأبو الخطاب — في خلافيهما — وغيرهم .

وجزم به في الوجيز . وقدمه في الفروع .

وعنه يتوارثون جزم به في المنور واختاره الخلال .

وقدمه في المحرر ، فقال : ويرث الكفار بعضهم بعضا ، وإن اختلفت ملهم

وقدمه ابن رزين في شرحه وهو مقتضى كلام الخرقي .

وأطلقهن في الكافي

وقال القاضي : يتوارثون إذا كانوا في دار الحرب

تنبيه : الخلاف هنا مبني على الخلاف في الملل .

هل هما الملل مختلفة . لم يتوارثوا مع اختلافهم .

وإن قلنا الكفر كله ملة واحدة : توارثوا

قوله ﴿ ولا يَرِثُ ذِمِّيٌّ حربيًّا ، ولا حَرْبِيٌّ ذِمِّيًّا ﴾ .

ذكره القاضي ، وذكره أبو الخطاب في التهذيب اتفاقا

قال في المحرر ، والفائق . لا يتوارثون عند أصحابنا

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، وشرح ابن رزين .

قال الزركشي : منعه القاضي ، وكثير من الأصحاب .

ويحتمل أن يتوارثا . وهو المذهب . نص عليه في رواية يعقوب .

وذكره القاضي في التعليق

وذكر أبو الخطاب في الانتصار : أنه الأقوى في المذهب .

قال المصنف : هو قياس المذهب . وجزم به في الوجيز .

وقدمه في المحرر ، والفروع ، والفائق ، والزركشي

فائدة : يرث الحربي المستأمن وعكسه . ويرث الذمي المستأمن وعكسه ،

على الصحيح من المذهب .

جزم به في الفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وقدمه في الفروع ، وغيره

وقال في المنتخب : يرث المستأمن ورثته الذين بدار الحرب لأنه حربي

وقال في الترغيب : هو في حكم ذمي ، وقيل : حربي

قوله ﴿ والمرتدُّ لا يَرِثُ أحدًا ، إلا أن يُسْلِمَ قبل قسم الميراث ﴾

فإن لم يسلم لم يرث أحدا وإن أسلم قبل قسم الميراث فحكمه حكم

الكافر لأصلي إذا أسلم قبل قسم الميراث ، على ماتقدم خلافاً ومذهباً فليعود .

وإرثه قبل قسم الميراث من مفردات المذهب ، كما تقدم في الكافر الأصلي

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ فِي رِدَّتِهِ فَمَالُهُ فَيْءٌ ﴾

هذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب

قال في الهداية : على ذلك عامة أصحابنا

قال القاضي : هذا الصحيح من المذهب . وكذا قال الشارح في باب المرتد .

وقال هذا هو المشهور

قال الزركشي : اختاره القاضي ، وأصحابه ، وعامة الأصحاب .

وجزم به في العمدة ، والوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجي ، وغيرهم .

وقدمه في الكافي ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق .

وعنه أنه لورثته من المسلمين اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله

وعنه أنه لورثته من أهل الدين الذي اختاره .

قال الزركشي : بشرط أن لا يكونوا مرتدين

وروى عن منصور . أنه رجع عن هذا القول وأطلقهن في الهداية ، والمذهب

فائدتان

إحداهما : الزنديق — وهو المنافق — كالمرتد على ماتقدم . على الصحيح من المذهب ، خلافاً ومذهباً

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله يرث ويورث

الثانية : كل مبتدع دعية إلى بدعة مكفرة . فماله فيء . نص عليه في الجهمي وغيره ، وسيأتي ذلك في باب موانع الشهادة .

وعلى الأصح من الروايتين أو غير دعية وهو في غسله والصلاة عليه ، وغير ذلك

ونقل الميموني — في الخمي إذا مات في قرية ليس فيها إلا نصارى — من يشهده ؟ قال أنا لا أشهده يشهده من شاء

قال ابن حامد : ظاهر المذهب : خلافها ، على نقل يعقوب وغيره ، وأنه بمثابة أهل الردة في وفاته وماله ونكاحه

قال : وقد يتخرج على رواية الميموني : أنه إن تولاه متول : فإنه يحتمل في ماله وميراثه أهله : وجهان

قوله ﴿ وإن أسلم المجوسيُّ ، أو تحاكموا إلينا : ورثوا بجميع قراباتهم ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب

وعنه : يرثون بقوله وهي ما يرث بها مع ما يسقط الأخرى ذكرها حنبل . ومنعها أبو بكر

فائدة : حكم ما إذا أولد مسلم ذات محرم وغيره بشبهة ثبت النسب : حكم المجوس في إرثهم بجميع قراباتهم . قاله الأصحاب

وقال المصنف ، والشارح : وكذا الحكم في كل من أحرى بحدى المجوس ممن يستحل ذوات المحرم

باب ميراث المطلقة

قوله ﴿ وإنْ طلّقها في مرَضِ الموْتِ المَخُوفِ طلاقًا لا يُتَّهَمُ فيه، بأنْ سألتْهُ الطّلاق، أوْ علّق طلاقها على فِعْلٍ لها منْهُ بُدٌّ، ففعلتْه، أوْ علّقهُ في الصّحّة على شرْطٍ فوُجِدَ في المرض، أوْ طلّق مَنْ لا تَرِثُ - كالأمةِ والذّمّيّة - فعتقتْ وأسْلمتْ: فهُوَ كطَلاقِ الصّحيحِ في أصحّ الرّوايتيْنِ ﴾

ذكر المصنف هنا مسائل:

منها: إذا سألته الطلاق فأجابها إلى سؤالها، أو علقه على فعل لها منه بد ففعلته عامة. فالصحيح من المذهب، أنه كطلاق الصحيح، كما صححه المصنف هنا.

وصححه صاحب الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمصنف، والشارح وصاحب الفائق، وغيرهم.

وجزم به في الوجيز، وقدمه في المحرر، والفروع.

والرواية الثانية: هو كطلاق متهم فيه. اختاره صاحب المستوعب، والشيخ تقي الدين، وأطلقهما في الرعايتين، والحاوي الصغير.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أنها لو سألته أن يطلقها طلقة، فطلقها ثلاثًا، أنه كطلاق الصحيح، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

قال أبو محمد الجوزي: إذا سألته الطلاق، فطلقها ثلاثًا لم ترثه.

قال في الفروع: وهو معنى كلام غيره.

وقد أحسن المصنف في قوله: إن لم أطلقك: فأنت طالق، أنه إن علقه على فعلها، ولا مشقة عليها فيه، فأنت ذلك: لم تتوارثا.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ترث، لأنه متهم فيه. وقدمه في الفروع.

قلت: وهو الصواب.

فائدتان

احداهما: لو خالعته، فهو كطلاق الصحيح على الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب. وقيل: ترث منه.

الثانية: لو قذفها في صحته، ولاعنها في مرضه مطلقاً — وقيل: لنفي الحد، لا لنفي الولد — أو علق طلاقها حالة الصحة على فعل لها لا بد منه، ففعلته في المرض، وأثبته فيهما على أصح الروايتين. قاله في المحرر، والفروع، والفائق.

وعنه: لا ترث. وجزم به جماعة من الأصحاب في المسألة الأولى.

ومن مسائل المصنف: إذا علقه في الصحة على شرط، فوجد في المرض، فالصحيح من المذهب: أنه كطلاق الصحيح. صححه المصنف، والشارح، وصاحب الفائق، وغيرهم. وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الكافي، والمغني، والمحرر، وغيرهم.

وعنه: أنه كمتهم فيه، وأطلقهما في الرعايتين، والحاوي الصغير.

قال في الفروع: وإن علقه بشهر معلوم، فجاء في مرضه، فروايتان.

ومن مسائل المصنف أيضاً: إذا طلق من لا ترث — كالأمة والذمية — فعتقت وأسلمت. فالصحيح من المذهب: أنه كطلاق الصحيح.

جزم به في الكافي، والمغني، والوجيز، وغيرهم. وقدمه في المحرر، والشرح.

وعنه: أنه كطلاق متهم فيه، وأطلقهما في الرعايتين، والحاوي الصغير.

فوائد

الأولى: قوله ﴿وَإِنْ كَانَ مُتَّهَمًا بِقَصْدِ حِرْمَانِهَا الْمِيرَاثَ وَرِثَتْهُ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ﴾.

فمن ذلك: لو أقر في مرضه أنه أبانها في صحته، فهذا متهم فيه، فترثه على الصحيح من المذهب.

وقطع به المصنف فى هذا الكتاب وفى كتاب الإقرار

وقال فى المنتخب الشيرازى : لا ترثه .

قلت : وهو بعيد

ومن ذلك : لو وطىء حماته : لم يقطع إرث زوجته . لكن يشترط أن يكون عاقلا . على الصحيح من المذهب

وقيل لابد أن يكون مكلفاً . حرم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

الثانية . لو وكل فى صحته من يبيعها متى شاء ، فباعها فى مرضه : لم يقطع ذلك إرثها منه

الثالثة : قوله ﴿ أَوْ عَلَّقَهُ عَلَى فِعْلٍ لا بُدَّ لها منه ، كَالصَّلاةِ وَنَحْوِها ﴾

قال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : وكلام أبى بكر ، أو أحمد

قال الأصحاب : لابد لها منه شرعاً ، كما مثل أو عقلا ، كأكل وشرب ، ونوم ونحوه

قوله ﴿ ورثته ما دامت فى العدة . ولم يرثها ﴾ هو بلا نزاع

﴿ وهَلْ ترثه بعد العدة ، أو ترثه المطلقة قبل الدخول ؟ على روايتين ﴾

يعنى إذا فعل فعلاً يتهم فيه بقصد حرمانها فإنها ترثه مادامت فى العدة بلا نزاع . ولا يرثها هو بلا نزاع وهل ترثه بعد العدة أو ترثه المطلقة قبل الدخول ؟

أطلق المصنف فيه روايتين وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والكافى وأطلقهن فى النظم فى الأولى

إحداهما ترثه بعد العدة ، ولو كانت غير مدخول بها ، مادام مريضا ، وهو الصحيح من المذهب

قال فى الفروع : نقله ـ واختاره ـ الأكثر .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : هذا المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى المذهب : هذا أصح الروايتين .

قال أبو بكر لايختلف قول أبى عبد الله فى المدخول بها : أنها ترثه فى العدة وبعدها . مالم تتزوج . وحرم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، والفائق .

والرواية الثانية . لاترثه واختاره فى التبصرة ، فى المدخول بها

وصححه فى النظم فيها وقدمه فيهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وهو ظاهر ماقدمه المصنف فى آخر الباب . حيث حمل الميراث للزوجات اللاتى فى عصمته وقد بقط المصنفات ثنتاً ، فيما إذا طلق أربعاً ، وانقضت عدتهن ، وتزوج بعدهن أربعاً . ومات منهن

قال أبو بكر إذا طلق ثلاثاً قبل الدخول فى المرض : فيها أربع روايات .

احداهن لها الصداق كاملا ، ولايرث وعليها العدة . واختاره .

قال المصنف ، وغيره : وينبغى أن تكون العدة عدة وفاة .

قلت : فيه بحث فى الصداق

والثانية : لها الميراث والصداق ولا عدة عليها .

والثالثة لها الميراث ونصف الصداق . وعليها العدة

والرابعة : لاترث ولا عدة عليها . ولها نصف الصداق . انتهى .

ويبقى فيما ، حيث أوجبنا العدة

وأطلق فى تكميل المهر وعدمه الروايتين فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم

وقدم تكميل المهر ابن رزين فى شرحه وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع

وظاهر كلام أكثر الأصحاب أنه لا يكمل لما ذكروه في الصداق

تنبيه: حيث قلنا: ترث، فإنه يشترط أن لا ترتد، فإن ارتدت: لم ترث، قولا واحداً

فلو أسلمت بعده: لم ترث أيضاً، على الصحيح من المذهب، قدمه في المحرر، والفائق، وصححه

وعنه: ترث، وأطلقهما في الرعايتين، والفروع، والحاوي الصغير

قوله ﴿ فَإِنْ أَكْرَهَ الابْنُ امْرَأَةَ أَبِيهِ فِي مَرَضِ أَبِيهِ عَلَى مَا يَفْسَخُ نِكَاحَهَا، لَمْ يَنْقَطِعْ مِيرَاثُهَا ﴾

مراده: إن كان الابن عاقلا

وقوله ﴿ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ امْرَأَةٌ سِوَاهَا ﴾.

مقيد بما إذا لم يتهم فيه، مع وجود امرأة سواها، وهو واضح

والصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب: أن الاعتبار حالة الإكراه

وذكر بعضهم: إن انتفت التهمة بقصد حرمانها الإرث، أو بعضه: لم ترثه في الأصح

قال في الفروع، ويتوجه منه: لو تزوج في مرضه مضاره، انتقص إرث غيرها، وأقرت به: لم ترث

ومعنى كلام شيخنا رحمه الله تعالى — وهو ظاهر كلام غيره — ترثه لأن له أن يوصي بالثلث

تنبيه: مفهوم قوله «فإن أكره» أنها لو كانت مطاوعة: أنها لا ترث وهو صحيح، وهو المذهب، وعليه الأصحاب، وعنه: ترث

قوله ﴿ وَإِنْ فَعَلَتْ فِي مَرَضِ مَوْتِهَا مَا يَفْسَخُ نِكَاحَهَا: لَمْ يُسْقِطْ مِيرَاثَ زَوْجِهَا ﴾.

مراده ما دامت في العدة ومراده أيضاً إذا كانت متهمة في فسخه

أما إذا كانت غير متهمة - كفسخ المعتقة إذا كانت تحت عبده - فالصحيح من المذهب انقطاع الإرث.

وعنه: لا ينقطع وهو ظاهر كلام المصنف هنا

قوله ﴿ وإذا طلق أربع نسوة في مرضه، فانقضت عدتهن، وتزوج أربعاً سواهن: فالميراث للزوجات وعنه: أنه للثمان ﴾

اعلم أن الخلاف الذي ذكره المصنف هنا مبني على الخلاف الذي تقدم في المطلقة المتهم في طلاقها، إذا انقضت عدتها، ولم تتزوج، ولم ترتد، عند جماهير الأصحاب وأنبوه عليه

وتقدم هناك أنها ترث على الصحيح من المذهب، ما لم تتزوج فكذا هنا

فعلى هذا يكون الميراث للثمان على الصحيح من المذهب

فلو كانت المطلقة المتهم في طلاقها واحدة، وتزوج أربعاً سواها، ولم تتزوج المطلقة بعد انقضاء عدتها حتى مات الزوج كان الميراث بين الجهتين على السواء على الصحيح من المذهب

قدمه في المحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع

وعنه: أربعة للمطلقة، وثلاثة أرباعه للأربع، إن تزوجهن في عقد واحد وإلا فللثلاث السوابق اختاره في المحرر، والفائق وجزم به في الوجيز، وغيره وصححه في النظم وقدمه في تجريد العناية

وقال في الرعاية، وقيل: يحتمل أن كله للثمان انتهى

ولو كان مكان المطلقة أربعاً فطلقهن، وتزوج أربعاً سواهن - كما مثل المصنف - فالميراث للثمان على الصحيح من المذهب، كما تقدم، وللمطلقات، على اختيار صاحب المحرر، والفائق

وجزم به في الوجيز وصححه في النظم وقدمه في تجريد العناية.

وللروجات فقط ، على القول بأن المطلقات لا يرثن شيئاً .

وهو الذي قدمه المصنف هنا . واختاره هو والشارح .

وقد للمصنف قول من يقول : إن الإرث للثمن ، أو المطلقات

وظاهر كلام من يقول ذلك : عدم البناء

فلو مات إحدى المطلقات ، أو تزوجت فقسطها للزوجات المتجددات .

إن تزوجهن في عقد واحد وإلا فقدمت السابقة إلى كمال أربع بالسوية

تنبيه : أفاد المصنف - رحمه الله تعالى - بقوله « وتزوج أربعاً سواهن » ،

فالميراث للزوجات ، وعنه : أنه بين الثمن « أن نكاحهن صحيح وهو المذهب

وعليه الأصحاب . وعنه لا يصح

فوائد

إحداها : لو طلق واحدة من أربع ، وزوج واحدة بعد انقضاء عدتها ثم مات

واشتبهت المطلقة . أقرع بينهن فمن قرعت فلا حظ لها في الميراث ويقسم

الميراث بين الأربع فتستحق الجديدة الربع . نص عليه .

قال في الفروع : وإن مات عن زوجات لا ترثه معينهن ، فجهل عينها -

أخرج الوارثات بقرعة انتهى .

وهذه القرعة هنا من مفردات المذهب .

الثانية : لو ادعت المرأة أن زوجها أبانها ، وجحد الزوج ثم مات : لم ترثه

المرأة إن دامت على قولها .

الثالثة : لو قبلها في مرض الموت ، ثم مات : لم ترثه ، لخروجها من حيز التملك

والتمليك . ذكره ابن عقيل ، وغيره

وقال في الفروع وتوجه خلاف . كمن وقع في شبكة صيد بعد موته

وتقدم - هل تدخل الدية في الوصية في « باب الموصى له » .

باب الإقرار بمشارك فى الميراث

فائدة قوله ﴿ إِذَا أَقَرَّ الْوَرَثَةُ كُلُّهُمْ ﴾ .

يعنى ولو كان الوارث واحداً ﴿ لِوَارِثٍ لِلْمَيِّتِ ﴾

سواء كان من جهة ، أو أمة يعبه الجماعة

﴿ فَصَدَّقَهُمْ ، أَوْ كَانَ صَغِيراً ﴾

وكذا لو كان مجنوناً ﴿ ثَبَتَ نَسَبُهُ ﴾

وشكل شرط أن يكون مجهول النسب

وفى ذلك فى كلام المصنف فى كتاب الإقرار نظر من هذا

وفى أصل هذه المسألة ، إذا أقر المريض لوارث ، وبعده بدأ أقر من عليه الولاء لوارث

فائدة قوله ﴿ يُعْتَبَرُ بِإِقْرَارِ الزَّوْجِ وَالْمَوْلَى الْمُعْتِقِ ﴾ .

إذا كان من الورثة ولو كانت بتاتاً : صح ، لإرثه بفرض ورد

قوله ﴿ سَوَاءٌ كَانَ الْمُقَرُّ بِهِ يُحْجَبُ الْمُقِرَّ أَوْ لَا يَحْجُبُهُ ﴾ .

أما إذا كان لا يحجبه مطلقاً ، أو كان يحجبه حجب نقصان فلا خلاف فى ذلك . وهو واضح

وأما إذا كان يحجبه حجب حرمان ، فالصحيح من المذهب أن المقر به يرث إذا ثبت النسب . اختاره ابن حامد ، والقاضى

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والحاوى ، والمغنى ، والشرح ، ونصره ، وقدمه فى الفروع ، وغيرهم .

وقد شمله كلام المصنف فى قوله ﴿ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَإِرْثُهُ ﴾ .

وقيل : لا يرث مستقلا . اختاره أبو إسحق

وذكره الأرجحى عن أصحابنا غير القاضى وقال . إنه الصحيح .

فعلى هذا : هل يقر نصيب المقر به بيد المقر ، أو ببيت المال ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما في الفروع ، والفائق ، والرعاية الكبرى ، وهو الذي خرجها .

قلت : الصواب أنه يقر بيد المقر ، وهي شبيهة بما إذا أقر لكبير عاقل بمال فلم يصدقه . على ما يأتي في آخر كتاب الإقرار

شبه : مراده بقوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بَعْضُهُمْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ﴾

إذا كان البعض الذي لم يقر وارثاً أما إذا كان المنكر لا يرث لمانع به ـ كالرق ونحوه ـ فلا عبرة بإنكاره ، ويرث ، قاله في الفروع ، وغيره

قلت : الذي يظهر أنه لم يدخل في كلام المصنف

لأن قوله « وإن أقر بعضهم » يعني بعض الورثة ، وهذا ليس من أهل الورثة للمانع الذي به

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بَعْضُهُمْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ﴾

يعني مطلقاً ، لا يثبت نسبه من المقرين الوارثين ، على الصحيح من المذهب

قدمه في الفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيره

وقيل : لا يثبت ، جزم به الأزجي ، وغيره

فلو كان المقر به أخاً ، ومات المقر عن بني عم ، ورثوهم

وعلى الأول يرثه الأخ ، وهل يثبت نسبه من ولد المقر المنكر له تبعاً ، فتثبت العمومة ؟ فيه وجهان

وأطلقهما في الفروع ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، في كتاب الإقرار .

وظاهر ما قدمه في الرعايتين ، والحاوي أنه يثبت ، فإنهما قالا : ويثبت نسبه وإرثه ، من المقر لو مات

وقيل : لا يثبتان . انتهى

وصححه في التلخيص ، وفي الانتصار خلاف ، مع كونه أكبر سناً من أبي المقر ، أو معروف النسب . انتهى

ولو مات المقر، وخلفه، وسكت، فإرثه بينهما، فلو خلفه فقط: ورثه

وذكر جماعة إقراره له كوصية، فيأخذ المال في وجه، وثلثه في آخر

وقيل: المال بيت المال

قوله ﴿ وإن أقر بعضهم لم يثبت نسبه ﴾

هذا الصحيح من المذهب مطلقاً، وعليه الأصحاب، وقطع به الأكثر

وعنه: إن أقر اثنان منهم على أبيهم بدين، أو نسب: ثبت في حق غيرهم

إعطاء له حكم شهادة وإقرار

وفي اعتبار عدالتهما [illegible] قاله في الفروع

قال في الفائق: في ثبوت النسب والإرث، بدون لفظ الشهادة، روايتان

وهما بإقراره بدين على الميت

قال القاضي: وكذلك يخرج في عدالتهما، ذكره أبو الحسين في التمام

قوله ﴿ إلا أن يشهد منهم عدلان، أنه ولد على فراشه، أو أن الميت أقر به ﴾

وكذا لو شهد أنه ولده، فإنه يثبت نسبه وإرثه، بلا نزاع

فائدة: لو صدقه بعض الورثة إذا بلغ، أو نقل، ثبت نسبه، فلو مات

وله وارث غير المقر، اعتبر تصديقه، وإلا فلا

قوله ﴿ وإذا خلف أخاً من أب، وأخاً من أم، فأقر بأخ من أبوين: ثبت نسبه، وأخذ ما في يد الأخ من الأب ﴾

جزم به في المغني، والشرح، والفروع، وغيرهم، بناء منهم على المذهب

وعليه الأصحاب

وقال أبو الخطاب في الهداية: أخذ نصفه، وقطع به

قال في المحرر: وهو سهو

قوله ﴿ فلو حلف ابنين ، فأقر أحدهما بأخوين ، فصدقه أخوه فى أحدهما : ثبت نسب المتفق عليه ، فصاروا ثلاثة ثم تضرب مسألة الإقرار فى مسألة الإنكار تكن اثنى عشر للمنكر سهم من الإنكار فى الإقرار أربعة ، وللمقر سهم من الإقرار فى مسألة الإنكار ثلاثة . وللمتفق عليه - إن صدق المقر - مثل سهمه . وإن أنكره : مثل سهم المنكر وما فضل للمختلف فيه ، وهو سهمان فى حال التصديق وسهم فى حال الإنكار ﴾

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأرجى ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح . وصححاه

وقدمه أيضاً فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق

وقال أبو الخطاب : لا يأخذ المتفق عليه من منكر ، فى حال التصديق إلا ربع ما فى يده . وصححها من ثمانين . للمنكر ثلاثة ، وللمختلف فيه سهم . ولكل واحد من الآخرين سهمان

وردده المصنف ، والشارح ، وصححه الناظم .

قوله ﴿ وإن حلف ابنا ، فأقر بأخوين بكلام متصل : ثبت نسبهما وإرثهما ، سواء اتفقا أو اختلفا ﴾

هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأرجى

وقدمه فى الهداية ، والمغنى ، والشرح وصححه

وقدمه أيضاً فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع

ويحتمل أن لا يثبت نسبهما مع اختلافهما وهو لأبي الخطاب في الهداية واختاره بعض الأصحاب

وأطلقهما في المحرر، والنظم، والفائق.

تنبيه: محل الخلاف: إذا لم يكونا توأمين فإن كانا توأمين فإن نسبهما يثبت بلا نزاع.

قوله ﴿ وإنْ أقرَّ بأحدِهما بعدَ الآخرِ: أُعْطِيَ الأوَّلُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ. وَالثَّانِي: ثُلُثُ ما بقِيَ فِي يَدِهِ، إذا كذَّبَ الأوَّلُ بِالثَّانِي. وَثَبَتَ نسبُ الأوَّلِ. ووقفَ ثُبُوتُ نسبِ الثَّانِي عَلَى تصْدِيقِهِ. ولوْ كذَّبَ الثَّانِي بالأوَّلِ - وَهُوَ مُصَدَّقٌ بِهِ - ثَبَتَ نسَبُ الثَّلاثةِ ﴾

على الصحيح من المذهب. جزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في المحرر، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع

وقيل: يسقط نسب الأول، ويأخذ الثاني ثلثي ما في يده وثلث ما في يد المقر

تنبيه: قوله ﴿ وإن أقرَّ بعضُ الورثةِ بامْرأةٍ للمَيِّتِ: لزِمَهُ مِنْ إرْثِها بقدْرِ حصَّتِهِ ﴾

يعني يلزمه ما يفضل في يده لها عن حصته كما ذكره في الإقرار بغيرها

وهذا بلا خلاف. لكن لو مات المنكر، فأقر بها ابنه ففي تكميل إرث الزوجة وجهان.

وأطلقهما في الرعاية الكبرى، والفروع

قلت: الأولى التكميل

فإن لم يخلف المنكر إلا الأخ المقر كمل الإرث على الصحيح صححه في الرعاية الكبرى.

قال في التلخيص: فالأصح أنه يثبت الميراث وقيل لا يكمل

وأما إن مات قبل إنكاره، فإن إرثها ثبت. جزم به في الرعاية الكبرى، والفروع.

قوله ﴿ وإذا قال رجلٌ: ماتَ أبي، وأنتَ أخي، فقال: هو أبي ولستَ بأخي، لم يُقبَلْ إنكارُهُ ﴾

وهذا المذهب، وعليه الأصحاب.

وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمحرر، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، والوجيز، وغيرهم.

وقدمه في الرعاية الكبرى، والفروع.

وقيل: المال كله للمقر به، وهو احتمال في الرعاية، وقال: ويحتمل أن المال كله للمقر.

فائدة: وكذا الحكم لو قال: مات أمي، وحن أبوه.

قوله ﴿ وإن قال: ماتتْ زوجتي، وأنتَ أخوها، فقال: لستَ بزوجها: فهل يُقبَلُ إنكارُهُ؟ على وجهين ﴾

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمحرر، والفائق، والشرح، وشرح ابن منجا.

أحدهما: يقبل إنكاره، وهو المذهب.

قال في الفروع: قبل إنكاره في الأصح. وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير.

والثاني: لا يقبل إنكاره. صححه في التصحيح، والنظم.

قوله ﴿ يبقى سبعةٌ لا يدعيها أحدٌ، ففيها ثلاثةُ أوجهٍ ﴾

وأطلقهن في المغني، والشرح، والمحرر، وشرح ابن منجا، والفائق.

أحدها : يقر في يد المقر ، وهو المذهب ، صححه في التصحيح ، وغيره .

وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم ، والفروع .

والثاني : يؤخذ إلى بيت المال .

والثالث : يقسم بين المقرة والزوج والأجنبي من الأم ، على حسب ما يحتمل أنه لهم ، وإليه ميل الشارح .

فعليه : يكون للمقرة النصف ، وللزوج والأجنبي من الأم : النصف بينهم على خمسة ، لأن له النصف ، ولهما الثلث .

باب ميراث القاتل

قوله (كُلُّ قَتْلٍ مَضْمُونٍ بِقِصَاصٍ أَوْ دِيَةٍ ، أَوْ كَفَّارَةٍ يَمْنَعُ القاتل ميراث المقتول ، سواء كان عمدًا أو خطأً ، بمباشرة أو سبب وسواء انفرد بقتله أو شارك)

هذا المذهب في ذلك كله ، حتى لو شربت دواء فأسقطت جنينها : لا ترث من الغرة شيئًا ، نص عليه ، وقدمه في الفروع .

وقيل : من أدب ولده فمات بذلك لم يرثه .

وجزم به في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، والفائق .

وقدمه في الرعاية الكبرى ، وجاز فيها كالمذهب .

وقيل : إن سقاه دواء ، أو فصده ، أو بط سلعته لحاجة ، فوجهان ، وأن في الحافر احتمالين .

ومثله : نصب سكين ، ووضع حجر ، ورش ماء ، وإخراج جرح ، وهذا كله طريقته في الرعاية الكبرى .

قال المصنف ، والشارح : لو قصد مصلحة موته بسقي دواء ، أو بط جراح ، فمات ورثه في ظاهر المذهب .

وذكر ابن أبي موسى فيه وجهين .

وكذا لو أمره غير عاقل ببط جراحه ، أو قطع سلعة ، قاله المصنف ، والشارح .

وقالا : هذا ظاهر المذهب أيضًا .

قوله (صَغِيرًا كان القاتل أو كبيرًا)

هذا المذهب ، نص عليه ، وعليه الأصحاب ، وقطع به كثير منهم .

وذكر أبو الوفاء بن عقيل ، وأبو يعلى : أن أحد طرقي بعض أصحابنا يورث من لا قصد له ، كالصبي والمجنون .

وإنما يحرم الإرث من بينهم دون غيره ، والنص خلاف ذلك .

وحكى ابن عقيل فى مفرداته ، ومُحَمَّد لأدلة وجه : أن قتل الصبى والمجنون لايمنع الإرث قال وهو أصح عندى

قوله ﴿ وَمَا لَمْ يُضْمَنْ بِشَيْءٍ مِنْ هَذَا ، كَالْقَتْلِ قِصَاصًا ، أَوْ حَدًّا ، أَوْ دَفْعًا عَنْ نَفْسِهِ ، وَقَتْلِ الْبَاغِي الْعَادِلَ ، وَالْعَادِلِ الْبَاغِيَ . فَلَا يَمْنَعُ إِذَا كَانَ الْقَتْلُ غَيْرَ مَضْمُونٍ عَلَى قَاتِلِهِ فَإِنَّ الْقَاتِلَ يَرِثُ مِنْهُ ﴾ .

نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وهو من مفردات المذهب .

واعلم أنه إذا قتل العادلُ الباغى : فهو يرثه على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره وصححه فى الفائق ، وغيره

وعنه لايرث اختاره ابن حامد وهو ظاهر كلام الخرقى

وأطلقهما فى المذهب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال المصنف ، فيخرج منه ، أن قتل قاتل لايرث .

واختار المصنف ، وغيره إن جَرَحه العادلُ ، ليصير عن ممتنع ورثه . لا إن تعمد قتله ابتداء

قال فى الفروع : وهو متجه .

وأما إذا قتل الباغى العادلَ ، فقدم المصنف أنه لايمنع الإرث وهو المذهب

قال فى المحرر : لايمنعه لإرث على الصحيح .

قال فى الفائق : لايمنع الإرث فى الأصح .

قال فى النظم : هذا أولى . وجزم به فى الوجيز .

قال الزركشى : وصححه أبو الخطاب فى الهداية وكلامه محتمل .

وعنه لا يمنع الإرث جزم به فى النصرة ، والترغيب ، والمذهب ، والقاضى فى الجامع الصغير ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والمصنف فى المغنى — فى قتال أهل البغى — وغيره جماعة من الأصحاب وهو ظاهر كلام الخرقى

وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع

باب ميراث المعتق بعضه

قوله ﴿ لا يرثُ العبدُ ﴾

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب

وعنه يرث عند عدم وارث . ذكرها ابن الجوزي في المذهب ، وأبو البقاء في الناهض . قاله في الفروع . ولم أرها في المذهب

وتقدم قول في أول كتاب الفرائض . إن العبد يرث سيده عند عدم الوارث

وقيل : في المكاتب خاصة ـ يموت له عتيق ، ثم يؤدي فيعتق ـ : يأخذ إرثه بالولاء . ذكره في المحرر .

يعني إن جعلنا الولاء له على ما يأتي .

قوله ﴿ فأمّا المُعتقُ بعضُهُ : فما كسب بجزئه الحُرّ : فلورثته ﴾

سواء كان بينهما مهايأة ، أو قاسمه السيد في حياته ، أو لا

قوله ﴿ ويرثُ ويحجبُ بقدر ما فيه من الحُرّيّة ﴾ .

وهو من مفردات المذهب

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن إرث المعتق بعضه له خاصة . وهو صحيح وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله .

وقال : هو الصواب

وقال بعض الأصحاب : ما يرثه المعتق بعضه يكون مثل كسبه . إن لم يكن بينه وبين سيده مهايأة ، كان بينهما . وإن كان بينهما مهايأة : فهل هو لمن الموت في نوبته ، أو بينهما ؟ على وجهي الأكساب النادرة

إذا علمت ذلك . فالتفريع على المذهب

فلو كانت بنت نصفها حر ، وأم وعم حران كان للبنت الربع . وللأم الربع يحجبها لها عن نصف السدس . وللعم سهمان . وهو الباقي

وتصح من أربعة . فلو كان مكان البنت : ابن نصفه حر ، فله هنا نصف ماله لو كان حراً . فيستحق ربعاً وسدساً من المال . لأنه لو كان حراً كان له خمسة أسداسه . وهو الصحيح من المذهب وهو الذي ذكره إبراهيم الحربي في كتاب الفرائض .

واختاره القاضي في المجرد ، وابن عقيل وصححه في المحرر ، والحاوي الصغير وجزم به في المنور . وقدمه في الرعايتين

وقيل : له نصف الباقي بعد ربع الأم اختاره أبو بكر ، والقاضي في خلافه قاله في القواعد

قال في المحرر ، والفروع ، والفائق ، والحاوي : وفيه بعد

قال في الرعايتين : وهو بعيد وقيل : له نصف المال كاملا

قال في القاعدة الخمسة عشر بعد المائة ورجحه الشيخ تقي الدين رحمه الله . وذكر أنه اختيار أبيه

وأطلقهن في المحرر ، والفروع ، والفائق ، والحاوي الصغير ، والقواعد

وكذا الحكم والخلاف في كل عصبة نصفه حر مع ذي فرض ينقص به فإن لم ينقص به — كجده وعمه مع ابن نصفه حر — فعلى الثالث : له نصف المال وعلى الآخرين : له نصف الباقي . وهو الصحيح

قال في المحرر ، والحاوي الصغير : وهو أصح وقدمه في الرعايتين

ولو كان معه من يسقطه بحالته الراهنة — كأخت وعم حرين — فللابن النصف . والأخت نصف ما بقي فرضاً ، وللعم ما بقي

هذا المذهب جزم به في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي ، وغيرهم

وقدمه في الفروع وقدم في المغني أن للأخت النصف كاملاً

قلت وهو ضعيف جداً

قلت قدمه في م

فائدة : لو كان أحد لأحوين حراً ، والآخر نصفه حر . فالمال بينهما أرباعاً على الصحيح من المذهب ، نص عليه في الأحوال والخطاب . حرم به في الوجيز .

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق

وقيل : المال بينهما ثلاثة ، جعل للحرية فيهما ، وقسمة لإرثهما كالعول .

قوله ﴿ وَإِذَا كَانَ عَصَبَتَانِ ، نِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُرٌّ ، كَالأَخَوَيْنِ فَهَلْ تُكْمَلُ الْحُرِّيَّةُ فِيهِمَا ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ﴾ .

وكذا قال في الهداية . وأطلقهما في الشرح ، وشرح ابن منجا ، والقواعد الفقهية ، والفروع

أحدهما : لا تكمل . وهو المذهب صححه في التصحيح

وجزم به في الوجيز وقدمه في المحرر ، والفائق

والوجه الثاني تكمل الحرية فيهما جميع المال

قال في القاعدة الخامسة عشر بعد المائة : وصححه القاضي ، والسامري ، وطائفة من الأصحاب . وله مأخذان

أحدهما : جمع الحرية فيهما . فتكمل بها حرية ابن . وهو مأخذ أبي الخطاب وغيره

والثاني : أن حق كل واحد منهما مع كمال حريته في جميع المال ، لا في نصفه وإنما أخذ نصفه لمزاحمة أخيه له وحينئذ فقد أخذ كل واحد منهما نصف المال . وهو نصف حقه مع كمال حريته فلم يأخذ زيادة على قدر ما فيه من الحرية

فعلى المذهب : لهما ثلاثة أرباع المال بالأحوال والخطاب وهذا الصحيح وفاقه في المستوعب وجزم به في الوجيز وقدمه في المحرر

وقيل : لهما نصفه بينهما حرية ورق .

وأطلقهما في القواعد الفقهية ، والفروع .

والتفريع على هذا الخلاف ، وهو ثلاثة أوجه : ثلاثة أرباع المال ، أو نصفه ، أو كله

فلو كان ابن وبنت نصفها حر ، وعم حر

فلهما — على الأول — خمسة أثمان المال على ثلاثة ونصف المال على الثاني . وثلاثة أرباعه على الثالث

ولو كان معهما أم : فلها السدس ، على الوجوه كلها .

وللابن على الأول . خمسة وعشرون من أصل اثنين وسبعين . وللبنت أربعة عشر .

وعلى الثاني : هل لهما على ثلاثة ثلاثة أرباع المال ، أو ثلاثة أرباع الباقي على وجهين .

وعلى الثالث : هل لهما على ثلاثة ثلاثة أرباع المال ، أو ثلاثة أرباع الباقي بعد السدس على وجهين

ولو كان أحدهما يحجب الآخر — كابن وابن ابن نصفهما حر — وهي مسألة المصنف .

فللابن النصف ولابن الابن على الأول الربع وعلى الثالث : النصف واختاره أبو بكر . ولا شيء له على الأوسط

ولو كان جدة حرة وأم نصفها حر ، فللأم السدس وللجدة نصف السدس .

ولو كان الجدة نصفها حر : كان لها ربع السدس على الأول ونصف السدس على الثالث . ولا شيء لها على الأوسط .

ولو كان أم وأخوان ، أحدهما رق : كان للأم الثلث على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع .

وحجبها أبو الخطاب بقدر حريته فبنصفها يحجبها عن نصف السدس .

فائدة : تُرَدُّ على ذي فرض وعصبة لم ترث بقدر نسبة الحرية منهما . لكن

أيهما استكمل بالرد أزيد من قدر حقه من نصفه : منع من الزيادة ، ورد على غيره إن أمكن ، وإلا فهي لبيت المال .

فلبنت نصفها حر : النصف بالفرض والرد .

ولابن مكاتبها نصفه حر : النصف بالعصوبة ، والبقية لبيت المال

ولابنين نصفهما حر — إن لم يرثهما المال — : البقية ، مع عدم العصبة .

أعني : هذه البقية بالرد ، سواء ورثهما النصف فقط ، أو النصف والربع

ولبنت وحده نصفها حر : المال ، نصفين بفرض ورد

ولا يرد هنا على قدر فرضيهما ، لئلا يأخذ مَنْ نصفه حر فوق نصف التركة

ومع حرية ثلاثة أرباعها : المال بينهما أرباعا بقدر فرضيهما

ومع حرية ثلثها : الثلثان بينهما ، والبقية لبيت المال

باب الولاء

قوله ﴿ كُلُّ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا ، أَوْ عَتَقَ عَلَيْهِ بِرَحِمٍ ، أَوْ كِتَابَةٍ : فَلَهُ عَلَيْهِ الوَلَاءُ ﴾ .

الصحيح من المذهب : أنه إذا عتق عليه بالرحم يكون له عليه الولاء . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال المصنف : لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً .

وقيل : حكمه حكم المعتق سائبة ، على ما أتى .

والصحيح من المذهب : أنه إذا عتق عليه بالكتابة : يكون له عليه الولاء . وكذا لو أعتقه بعوض . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليهما .

وقيل : لا ولاء له عليهما .

وعنه في المكاتب ﴿ إِذَا أَدَّى إِلَى الوَرَثَةِ ، يَكُونُ وَلَاؤُهُ لَهُمْ . وَإِنْ أَدَّى إِلَيْهِمْ ، يَكُونُ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمْ ﴾ .

وفي المنتصرة وجه : إن أدى إليهم يكون ولاؤه للورثة .

وفي المنهج : إن أعتق كل الورثة المكاتب : نفذ ، والولاء للرجال . وفي النساء روايتان .

فائدة : إذا كاتب المكاتب عبداً فأدى إليه ، وعتق قبل أدائه ، أو أعتقه بمال ، وقلنا له ذلك .

فظاهر كلام المصنف : أن ولاءه للمكاتب . وهو قول القاضي في المجرد .

وقيل : للسيد الأول . وهو يحكى عن أبي بكر . ورجحه القاضي في الخلاف .

حتى حكى عنه : أنه لو عتق المكاتب الأول قبل الثاني : فالولاء للسيد . لانعقاد سبب الولاء ، حيث كان المكاتب ليس أهلاً له .

ورد ما حكاه القاضي عن أبي بكر في القاعدة السادسة عشر بعد المائة

تنبيه : شمل قوله « كل من أعتق عبداً » أو عتق عليه فله عليه الولاء » الكافر لو أعتق مسلماً . أو عتق عليه . وهو صحيح وهو من مفردات المذهب وجزم به ناظمها

ويأتي في كلام المصنف « هل يرث به أم لا ؟ » .

فائدة : لو أعتق القن عبداً ثم مات سيده ، فحكى المصنف في المغني عن صاحبة المقنع من أصحابنا . أنه موقوف ، فإن عتق فالولاء له وإن مات قنا فهو للسيد .

وقال القاضي في المجرد الولاء للسيد مطلقاً . وهو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله . قاله في القاعدة السادسة عشر

قوله (ومَنْ كَانَ أَحَدُ أَبَوَيْهِ حُرَّ الأَصْلِ ، وَلَمْ يَمَسَّهُ رِقٌّ : فَلاَ وَلاَءَ عَلَيْهِ) .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به في المغني ، والشرح وقدمه في المحرر ، والفروع

وعنه : إن كانت أمه حرة الأصل ، وأبوه عتيق : فللولي أبيه الولاء .

وجزم به في الوجيز وقدمه في الرعايتين ، وقال : نص عليه

وحكى الأول قولاً وأطلقهما في الحاوي الصغير

فائدة : لو كانت أمه عتيقة ، وأبوه مجهول النسب : فلا ولاء عليه . على الصحيح من المذهب قدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، والمغني ، والشرح . وصححه في النظم .

وقال القاضي : لموالي أمه الولاء عليه .

قال الخيري : وهو قول الإمام أحمد رحمه الله .

قال في الفروع : وحكى عن الإمام أحمد رحمه الله . وجزم به ابن عقيل في الفصول .

فقال : فإن تزوج حر مجهول النسب معتقة . فولدها ولاءً : كان ولاء ذلك الولد لموالى أمه .

ولو كان الأب مولى ، والأم مجهولة النسب . فلا ولاء عليه . على الصحيح من المذهب .

قال فى المغنى : فلا ولاء عليه فى قوله . وقاله غيره

وقيل فى قول القاضى . إن ثبت الولاء لمولى أبيه لأن الشك فى المانع من ثبوته

قوله (ومن أعتق سائبة . أو فى زكاته ، أو نذره ، أو كفارته أو قال : لا ولاء لى عليك . ففيه روايتان) .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمذهب

إحداهما : عليه الولاء . وهو المذهب عند المتأخرين

صححه فى التصحيح ، والنظم

قال فى تجريد العناية : له الولاء على الأظهر

قال فى المذهب : أصحهما الولاء لمعتقه فيه عتقه عن كفارته أو نذره

وجزم به فى الوجيز وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق

والرواية الثانية : لا ولاء عليه

قال فى الفروع اختاره الأكثر منهم : الخرقى ، والقاضى ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، والشيرازى ، وابن عقيل ، وابن البنا .

وقطع فى المذهب : أنه لا ولاء له عليه . إذا أعتقه سائبة ، أو قال : لا ولاء لى عليك

و[illegible] له الولاء في الرقبة [illegible] عنه [illegible] والمصنف ، والشارح

[illegible] . كشى [illegible] لأصحاب [illegible] الولاء على الرقبة

قوله (وما رجع من ميراثه رُدّ في مثله)

يعني على القول بأنه لا ولاء له عليه

(يشترى به رقابا يعتقهم)

هذا إحدى الروايتين وجزم به [illegible] وقدمه الزركشي

والرواية الثانية : أن ميراثه لبيت المال . وهو الصحيح . قدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق

و[illegible] على هذا الخلاف : لو مات واحد من هؤلاء ، وخلف بنتا ومعتقه

فعلى القول بأن لسيده ولاءه : يكون للبنت النصف ، والباقي له

وعلى القول بأن ميراثه يصرف في مثله : يكون للبنت النصف ، والباقي يصرف في العتق

وعلى القول بأنه لبيت [illegible] جميعه لها من [illegible] بالرد [illegible] على [illegible]

فعلى [illegible] الأولى يكون [illegible] على الصحيح

قدمه في [illegible]

وعنه [illegible] في [illegible] والزركشي

فائدتان

إحداهما : على القول [illegible] عن شراء رقبة كاملة في الصدقة به وتركه [illegible] ذكرهما في التبصرة . واقتصر عليه في الفروع

قلت : الصواب ، الذي لاشك فيه : أن الصدقة به في [illegible] هذا أولى .

الثانية: لو خلف المعتق بنتاً مع سيده، وقلنا: له الولاء، فالمال بينهما نصفان.

وإن قلنا: لا ولاء له: فالجميع للبنت بالفرض والرد.

وإن قلنا: يشترى بما خلفه رقاباً: فللبنت النصف، والنصف الآخر يشترى به رقاباً. وحكم ولائه حكم ولاء أولاده.

قوله ﴿ ومنْ أعْتقَ عبْدهُ عَنْ مَيِّتٍ أوْ حيٍّ بلا أمْرِهِ: فولاؤهُ لِلْمُعْتِقِ ﴾

هذا المذهب، إلا ما استثنى. وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به في المغني، والشرح، والفائق، والوجيز، وغيرهم. وقدمه في الفروع وغيره.

ويستثنى من ذلك: لو أعتق وارث عن ميت في واجب - ككفارة ظهار، ورمضان، وقيل: وله تركة - فإنه يقع عن الميت، والولاء له أيضاً على الصحيح من المذهب. وجزم به في المحرر، وغيره.

وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.

واختاره القاضي، وغيره.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: بناء على أن الكفارة ونحوها ليس من شرطها الدخول في ملك المكفر عنه. وأطلقه الخرقي، والمصنف هنا.

قال الزركشي، وأكثر الأصحاب: إن الولاء للمعتق.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: بناء على أنه يشترط دخول الكفارة ونحوها في ملك من ذلك عليه.

ويأتي كلامه في الرعايتين. وإن لم يتعين المعتق أطعم، أو كسا.

ويصح عتقه على الصحيح من المذهب. وقيل: يوصيه.

قال في الترغيب [illegible] على قول [illegible] الولاء للمعتق عنه ، وإن تبرع بعتقه [illegible] ولا تركة [illegible] كإطعام وكسوة [illegible] لا [illegible] في الترغيب ، لأن مقصوده الولاء ، ولا يمكن [illegible] بدون المعتق عنه [illegible] فيه وجهان ، وأطلقهما في الفروع .

قال في [illegible] ومن أعتق عبده عن غيره بغير إذنه [illegible] وقع العتق والولاء عن المعتق ، إلا أن يعتقه عن ميت في واجب عليه [illegible] فيقع للميت

[illegible] كلامه في [illegible]

[illegible] أجنبي عنه [illegible] وجهان

أحدهما [illegible] الإجزاء مطلقا والثاني [illegible] عكسه

الثالث [illegible] في إطعام وكسوة دون غيرهما

وقال في [illegible] ، والحاوي الصغير ، والفائق : ومن أعتق عبده عن ميت في واجب وقع عن ميت وقيل لا

وقيل ولاؤه للمعتق عنه

قال في الرعاية الكبرى : وهو أولى

وقد روي عن الإمام أحمد رحمه الله : نصوص تدل على العتق للمعتق عنه وأن الولاء للمعتق

قال أبو النصر : قال الإمام أحمد رحمه الله : في العتق عن الميت : إن وصى به فالولاء له ، وإلا للمعتق

وقال في رواية [illegible] ، وأبي [illegible] في الرجل يعتق عن الرجل [illegible] فالولاء لمن أعتقه ، والأجر للمعتق عنه

وفي مقدمة الفرائض ، لأبي خير سلامة بن صدقة [illegible] إن أعتق عن غيره بلا إذنه ، فلا يهما الولاء ؟ فيه روايتان

وقال في الروضة : فإن أعتق عبداً عن كفارة غيره : أجزأه ، وولاؤه للمعتق ولا يرجع على المعتق عنه في الصحيح من المذهب

وكذا لو أعتق عبده . عتق ، حياً كان المعتق عنه أو ميتاً ، وولاؤه للمعتق .

وقال في التبصرة : لو أعتقه عن غيره بلا إذنه فالعتق للمعتق كالولاء .

ويحتمل للميت المعتق عنه لأن القرب يصل ثوابها إليه

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَهُ عَنْهُ بِأَمْرِهِ ، فَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ عَنْهُ ﴾

إذا قال « أعتق عبدك عني ، وعليّ ثمنه » ففعل . فالثمن عليه ، والولاء للمعتق عنه . هذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به في المغني ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم

قال المصنف عن الثانية : لا نعلم فيه خلافاً

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قال القاضي في خلافه : هو استدعاء للعتق ، والملك يدخل تبعاً وملكاً ، لضرورة وقوع العتق له . وصرح أنه ملك قهري ، حتى إنه يثبت للكافر على المسلم ، إذا كان العبد المستدعي عتقه مسلماً ، والمستدعي كافراً

وذكر ابن أبي موسى . لا يجزئه حتى يملكه إياه ، فيعتقه هو ، ونقله منها

وكذا الحكم لو قال « أعتق عبدك عني » وأطلق ، أو « أعتقه عني مجاناً » خلافاً ومذهباً

فعلى المذهب يجزئه العتق عن الواجب ، ما لم يكن قرابة

والصحيح من المذهب لا يلزمه عوضه إلا بالتزامه

قدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

وعنه . يلزمه عوضه ما لم ينفه .

وعنه: العتق والولاء للمسؤول، لا للسائل، إلا حيث التزم العوض.

وقال في الترغيب: إذا قال «أعتقه عن كفارتي، ولك مائة» فأعتقه، عتق، ولم يجزئه عنها، وتلزمه المائة، والولاء له.

وقال ابن عقيل: لو قال «أعتقه عني بهذا الخمر، أو الخنزير» ملكه، وعتق عليه كاهبة، والملك يقف على القبض في الهبة، إذا كان ذلك بلفظها، لا بلفظ العتق، قال: بدليل قوله «أعتق عبدك عني» فإنه ينقل الملك هنا قبل إعتاقه.

ويجوز جعله قابضاً له من طريق الحكم، كقولك «بعتك» أو «وهبتك هذا العبد» وقال المشتري «هو حر» عتق، ويعد القبول حكماً. انتهى.

قال في الفروع: وكلام غيره في الصورة الأخيرة يقتضي عدم العتق.

فائدة: لو قال «أعتق عبدك عني، وعليّ ثمنه» لم يجب على السيد إجابته وعليه الأصحاب.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: قياس القول بوجوب الكتابة - إذا طلبها العبد - وجوب الإجابة هنا.

قوله (وإذا قال: أَعْتِقْهُ والثَّمَنُ عَلَيَّ و) كذا لو قال (أَعْتِقْهُ عَنْكَ وَعَلَيَّ ثَمَنُهُ، ففعل، فالثَّمَنُ عَلَيْهِ. وَالْوَلاءُ لِلْمُعْتِقِ)

إذا قال ذلك، لزمه الثمن بلا نزاع أعلمه.

والعتق والولاء للمعتق، على الصحيح من المذهب.

قال في الفروع: والأصح أن العتق وولاءه للمعتق، وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في المحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

وقيل: هما للذي عليه الثمن، وقاله القاضي في موضع.

قال في المحرر: وفيه بعد.

فعلى المذهب إجزائه عن الواجب، على الصحيح من المذهب

قال في الفروع: وإجزائه عن الواجب في الأصح

وجزم به في الوجيز، وغيره

وقدمه في المحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق

وقيل: لا إجزائه، وهو احتمال في المحرر، وقاله القاضي في موضع من كلامه

قوله ﴿ وإن قال الكافر لرجل: أعتق عبدك المسلم عني، وعلي ثمنه فقبل، فهل يصح؟ على وجهين ﴾

وأطلقهما في المحرر، والفروع، والفائق، والمغني، والشرح، وشرح ابن منجا

أحدهما: يصح ويعتق، وله عليه الولاء كالمسلم، وهو الصحيح من المذهب

صححه في التصحيح، وجزم به في الوجيز

وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، واختاره القاضي في الخلاف.

وتقدم كلامه في المسألة التي قبلها

والوجه الثاني: لا يصح، صححه الناظم

تنبيه: حكى الخلاف في المحرر، والفروع، والشرح، وشرح ابن منجا

وجهين، كالمصنف

وحكاه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق: روايتين

قوله ﴿ ومن أعتق عبدًا يباينه في دينه، فله ولاؤه. وهل يرث به؟ على روايتين ﴾

وأطلقهما في الهداية، والكافي، والرعايتين، والحاوي الصغير، والشرح

أحدهما: يرث به، وهو المذهب

جزم به الخرقي، والقاضي في جامعه، والشريف في خلافه، والشيرازي في

منهجه ، وابن عقيل فى تذكرته ، وابن البنا فى خصاله ، وابن المجوزى فى مذهبه ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وغيرهم

قال الزركشى : اختاره عامة الأصحاب .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق

والرواية الثانية : لا يرث به

قال فى الخلاصة . لا يرث به على الأصح . وصححه فى التصحيح

واختاره المصنف ، وصاحب الفائق . وقال به الشارح

فعلى المذهب : لو أعتق كافر مسلماً ، فخلف المسلم المعتق أباً سيده كافراً ، أو عماً مسلماً : فماله لابن سيده

وعلى الرواية الثانية : يكون لبيت المال

وعلى المذهب أيضاً — عند عدم عصبة سيده من أهل دينه — يرثه بيت المال .

وإن أعتق مسلم كافراً ، ومات المسلم ، ثم عتيقه ، ولعتيقه ابن ، مسلم وكافر : ورث الكافر وحده .

ولو أسلم العتيق ، ثم مات : ورثه المسلم وحده .

وإن أسلم الكافر قبل قسمة الإرث ورثه معه على الأصح ، على ما تقدم فى أول « باب ميراث أهل الملل »

وتقدم بعض هذه الأحكام فى ذلك الباب

قوله (ولا يَرِثُ النِّساءُ من الوَلاءِ إلاَّ ما أَعْتَقْنَ ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ ، أَوْ كَاتَبْنَ ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ) .

وهذا المذهب بلا ريب . نص عليه .

حتى قال أبو بكر هذا المذهب روايه واحدة ، وقال : وَهِمَ أبو طالب فى نقله الرواية الثانية انتهى

وجزم به فى الوجيز ، والعمدة ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه الخرقى ، وصاحب الهداية ، والكافى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

واختاره أبو بكر فى الشافى ، وغيره

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب وقالا : هذا الصحيح .

وغالى أبو بكر ، فوهّم أبا طالب فى نقل الرواية الثانية .

قال القاضى : لم أجد الرواية التى نقلها الخرقى فى ابنة المعتق : أنها ترث . منصوصة عن الإمام أحمد رحمه الله . انتهى

وعنه ـ فى بنت المعتق خاصة ـ أنها ترث .

اختاره القاضى ، وأصحابه . منهم أبو الخطاب فى خلافه .

وجزم به فى الخلاصة . وإليه ميل المجد فى المنتقى

وهو من مفردات المذهب .

وقدمه ناظمها ، وقال : هو المنصور فى الخلاف . انتهى .

وعنه : ترث مع أخيها وعنه . ترث عتيق ابنها ، مع عدم العصبة

تنبيه : يستثنى من عموم كلام المصنف : عتيق ابن الملاعنة . فإن الأم ملاعنة ترثه . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قلت : فيعانى بها

وقيل : لا ترثه .

ومحل هذا الخلاف على القول بأنها عصبته

فأما إن قلنا : إن عصبتها عصبته ، كان الولاء لعصبتها ، لا لها .

فائدة : لو تزوجت امرأة بمن أعتقته . فأحبلها ، فهى القائلة : إن ألد أنثى فلى النصف وإن ألد ذكراً فلى الثمن وإن لم ألد شيئاً فالجميع لى فيعانى بها

قوله ﴿ ولا يرثُ منهُ ذو فرضٍ إلاّ الأبُ والجدُّ يرثانِ السُّدُسَ مَعَ الابنِ وابنِه. والجدُّ يرثُ الثلثَ مع الإخوةِ، إذا كان أحظَّ لهُ ﴾

وهذا المذهب، نص عليه، وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به في الوجيز، وغيره

وقدمه في المحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم. وهي من مفردات المذهب.

واختار أبو إسحاق سقوط الأب والجد مع الابن ويجعل الجد كالإخوة وإن كثروا. قال في الترغيب: وهو أقيس

قلت: فيعايى بها

وقال في الفائق، وقيل: لا فرض لهما بحال

اختاره ابن عقيل، وشيخنا.

ويسقطان بالابن وابنه. والجد مع الأخوة، كالأخ، وإن كثروا

وقيل: له الثلث إن كان أحظ له ولا يعاد بأخت.

قال الزركشي: وعلى القول بأنه لا فرض للأب: لا يفرض للجد مع الإخوة، بل يكون كأحدهم، وإن كثروا. ويعادونه بولد الأب، ولا يعادونه بالأخوات.

قال: وهذا مقتضى قول أبي محمد في الكافي، والمغني. انتهى

قلت: وعلى رواية حجب الإخوة بالجد في النسب: تسقط الإخوة بالجد هنا. وهو المختار، كإسقاط أبي الجد أولاد الإخوة. وجد المولى مقدم على عمه انتهى

وقال في الانتصار: لما جعلنا توريث أب سدس يفرض مع ابن، على رواية توريث بنت المولى: فيجيء من هذا أنه يرث قرابة المولى بالولاء على نحو ميراثهم

قوله ﴿ والولاءُ لا يُورَثُ ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقدموه

وعنه حسن : والولاء لا يورث كما يورث المال ، لكن يختص العصبة

قال المصنف ، والشارح : وهذا شريح فجعله موروثا كالمال

وعنه حسن ، ونقل الحكم عن الإمام أحمد - رحمه الله - مثل قول شريح وعطاء وأبي بكر ، قالا : وهو كما قال

قوله (فإذا ماتَ المُعتَقُ وخلَّفَ عتيقَهُ وابنَيْن . فمات أحدُ الابنَيْنِ بعدَهُ عن ابنٍ ، ثم مات العتيقُ فالميراثُ لابنِ المُعتِق)

هذا مفرع على المذهب .

وعلى ما نقل حسن : يكون لابن المعتق النصف ، والنصف الآخر لابن المعتق .

وكذا التفريع على المذهب في قوله « وإن مات الابنان بعده ، وقبل المولى . وخلف أحدهما ابنا ، والآخر تسعة فولاؤه بينهم على عددهم . لكل واحد عشرة »

وعلى رواية حسن : لابن المعتق نصفه ولابن ابن المعتق نصفه

وقيل يرث ابن الابن في الأولى النصف ، دون هذه

ونقل ابن الحكم في هذه ، يرث كل فريق نصفا

قوله (وإذا اشترى رَجُلٌ أختَهُ أباها ، أو أخاها ، ثم اشترى عَبْدًا ، فأعتقَهُ ، ثم ماتَ المُعتَقُ) يعني : الأب أو الأخ (ثم ماتَ مولاهُ) يعني : العبد العتيق (وَرِثَهُ الرَّجُلُ ، دُونَ أختِه) .

وهذا مفرع على الصحيح من المذهب ، من أن الأب لا يرث من الولاء إلا ما أعتق أو أعتق من أعتق

فأما على رواية يرث بنت المعتق فترث هنا

قاله المصنف ، والشارح ، والمجد ، وصاحب الفروع ، وغيرهم

وإنما لم ترث مع أخيها على المذهب، وإن كانت قد أعتقت من أعتق لأن ميراث الأخ هنا من أبيه أو أخيه بالنسب. وهي مولاة المعتق. وعصبة المعتق مقدم على مولاه.

ولهذا قال في الترغيب، والبلغة: أخطأ فيها خلق كثير

قال ابن عقيل في التذكرة:

مسألة عجيبة: ابن وبنت اشتريا أباهما فعتق عليهما ثم اشترى الأب عبدا فأعتقه. فهلك الأب، ثم هلك العبد

فالجواب: أنه لما هلك الأب كان ماله بين ابنه وابنته، للذكر مثل حظ الأنثيين، بالتعصيب لا بالولاء. ولما هلك العبد. وخلف ابن مولاه، وبنت مولاه: كان ماله لابن مولاه، دون بنت مولاه. لأنه أقرب عصبة مولاه. لا خلاف في ذلك

وهذه المسألة: يروى عن مالك رحمه الله أنه قال «سألت سبعين قاضياً من قضاة العراق عنها فأخطؤا فيها»

ولو مات الابن قبل موت العتيق: ورثت البنت من ماله بقدر ما أعتقت من أبيها والباقي بينها وبين معتق الأم.

فائدة قوله ﴿وَإِذَا مَاتَتِ امْرَأَةٌ، وَخَلَّفَتِ ابْنَهَا وَعَصَبَتَهَا وَمَوْلَاهَا فَوَلَاؤُهُ لِابْنِهَا﴾ وكذلك الإرث.

﴿وَعَقْلُهُ عَلَى عَصَبَتِهَا﴾.

هذا صحيح لكن لو باد بنوها: فولاؤه لعصبتها

ونقل جعفر: لعصبة بنيها

قال في الفروع: وهو موافق لقوله «الولاء لا يورث» ثم لعصبة بنيها

وقيل: لبيت المال انتهى

وقال فى الفائق ـ بعد قوله : ثم لعصبة ميت ـ قال ابن عقيل فى مشوره : وجدت فى تعاليق قال شيخنا : وجدت عن الإمام أحمد رحمه الله أن ذوى الأرحام من المعتق ـ مثل حالته وعمته ـ يرثون من المولى ، إذا لم يكن له عصبة ولا ذو فرض .

قلت : وقال ابن أبى موسى فإن مات العبد ، ولم يترك عصبة ، ولا ذا سهم ، ولا كان لمعتقه عصبة ورثه الرجال من ذوى أرحام معتقه ، دون نسائهم وعند عدمهم لبيت مال انتهى كلام صاحب الفائق .

تنبيه : قوله (فولاؤُهُ لابنها . وعَقْلُهُ على عَصَبَتِها)

هذا مبنى على أن الابن ليس من العاقلة . وهو إحدى الروايات

وقدمه المصنف فى باب العاقلة

ومن قال : الابن من العاقلة ـ وهو المذهب ـ يقول الولاء له والعقل عليه .

ومن قال . الابن عاقلة الأب ، دون الأم ـ كمختار الخرقى ـ يقيد المسألة هنا إذا كان المعتق امرأة ، كما قيدها المصنف هنا .

فائدة : لو أعتق سائبة ، أو فى زكاة ، أو نذر ، أو كفارة ، أو قال : لا ولاء لى عليك ـ وقلنا : لا ولاء له عليه كما تقدم ـ ففى عقله عنه ـ لكونه معتقا ـ روايتان قاله أبو المعالى

قوله (وَإِنْ أَعْتَقَ الْجَدُّ لَمْ يَجُرَّ ولاءَهُ فى أَصَحِّ الرِّوايتَيْنِ) .

وكذا قال فى المذهب وغيره وهذا المذهب . وعليه الأصحاب

قال الزركشى : هو المشهور ، والمختار للأصحاب من الروايات .

وقدمه فى المغنى ، والكافى ، والمحرر ، والشرح ، وابن عبيدان ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : يجره إلى مواليه

فعليها : إن عتق الأب بعد الجد : انجر الولاء من مولى الجد إلى مولى الأب وكذا لو عتق من الأجداد من هو أقرب ممن عتق أولا وجر الولاء .

وعنه : إن عتق الجد بعد موت الأب جره . وإن عتق الجدُّ ـ والأب حي ـ لم يجره بحال ، سواء عتق الأب بعد ، أو مات قنا . حكاها الخلال .

وعنه : يجره إذا عتق والأب ميت . وإن عتق ـ والأب حي ـ لم يجره حتى يموت قِنًّا ، فيجره من حين موته . ويكون في حياة الأب لموالي الأم

نقلها أبو بكر في الشافي

قوله (وَإِذَا اشْتَرَى الْوَلَدُ عَبْدًا ، فَأَعْتَقَهُ ثُمَّ اشْتَرَى الْعَتِيقُ أَبَا مُعْتِقِهِ ، فَأَعْتَقَهُ : ثَبَتَ لَهُ وَلَاؤُهُ . وَجَرَّ وَلَاءَ مُعْتِقِهِ فَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْلَى الْآخَرِ)

بلا نزاع . فيعاني بها ، وبالتي بعدها

فائدتان

إحداهما : لو مات مولى الأب والجد ـ لم يعد الولاء إلى مولى الأم بحال ، بل يكون للمسلمين . قاله في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم . وهو معنى قول المصنف « ولا يعود إلى مولى الأب بحال »

الثانية : قوله (وَمِثْلُهُ : لَوْ أَعْتَقَ الْحَرْبِيُّ عَبْدًا . ثُمَّ سَبَى الْعَبْدُ مُعْتِقَهُ فَأَعْتَقَهُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَاءُ صَاحِبِهِ)

فلو سبى المسلمون العتيق الأول ، ثم أعتقوه : فولاؤه لمعتقه الأخير ، على الصحيح من المذهب . قدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق . وقيل : للأول . وقيل لهما

فعلى المذهب : لا ينجر ما كان للأول قبل الرق من ولاء ولد ، أو عتيق إلى الأخير قاله في المحرر والرعايتين ، وغيرهم

قوله ﴿ وَهُوَ الحُرُّ الدَّائِرُ . لأَنَّهُ خَرَجَ مِنَ الأَبِ وعَادَ إِلَيْهِ فَقِيهِ وجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما في هدايته ، والمذهب ، والخلاصة ، والكافي ، والمذهب ، وشرح ابن منجا ، والحاوي الصغير

أحدهما هو لموالي الأم

وهو المذهب . صححه في التصحيح . وجزم به في الوجيز . واختاره المصنف والشارح

قال البوني : هذا قياس قول الإمام أحمد رحمه الله .

وقدمه في النظم ، والفروع وشرح ابن رزين .

والوجه الثاني : لمعتق الأب . لأنه لا مستحق له

نصره القاضي في المجرد وقدمه في الفصول وجماعة

واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وجزم به في المنور

وقيل يرد على سهام الموالي أثلاثا لموالي أمه الثلثان ، ولموالي أمها الثلث . وأطلقهن في المحرر ، والفائق

كتاب العتق

فائدة . « العتق » عبارة عن تحرير الرقبة ، وتخليصها من الرق

قاله المصنف ، والشارح

قوله ﴿ وهُو مِنْ أَفْضَلِ القُرَبِ ﴾ .

هكذا قال أكثر الأصحاب .

وقال فى النصرة ، والحاوى الصغير . هو أحب القرب إلى الله تعالى

فوائد

منها . أفضل عتق الرقاب : أغلاها عند أهلها ، وأعلاها ثمناً . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى الفروع : وظاهره ولو كافرة . وفاقا للإمام مالك رحمه الله . وخالفه أصحابه

قال فى الفروع : ولعله مراد الإمام أحمد رحمه الله لكن ينبغى على عتقه

قال فى الفنون : لايختلف الناس فيه

ومنها عتق الذكر أفضل من عتق لأنثى على الصحيح من المذهب نص عليه فى رواية ابن منصور

وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأدمى ، والمنتقى ، والوجيز

وقدمه فى الحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وعنه : عتق الأنثى للأنثى أفضل نص عليه فى رواية عبد الله .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والحاوى الصغير ، وإدراك الغاية .

ومنها : عتق الأنثى كعتق الذكر في الفكاك من النار . ذكره ابن أبي موسى المذهب . وقدمه في الفروع ، والفائق

وعنه عتق امرأتين كعتق رجل في الفكاك . قدمه في القواعد الفقهية .

ومنها : التعدد في العتق أفضل من عتق الواحد . قاله القاضي ، وابن عقيل ، وغيرهما . وجزم به في الفروع في باب الأضاحي

ومال صاحب القواعد الفقهية - فيها - إلى أن عتق رقبة نفيسة مال أفضل من عتق رقاب متعددة بذلك المال

وقال - عن القول الأول - فيه نظر

قوله ﴿ فَأَمَّا مَنْ لا قُوَّةَ لَهُ ، وَلا كَسْبَ ، فَلا يُسْتَحَبُّ عِتْقُهُ ، وَلا كِتَابَتُهُ ، بَلْ يُكْرَهُ ﴾

وهذا المذهب جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، والحاوي ، وغيرهم

وقدمه في الفروع ، والفائق وصححه في النظم ، وغيره وعنه : يستحب وأطلقهما في المحرر ، والرعايتين .

قال في الرعاية الكبرى ، قلت . ويحتمل الاستحباب على القول بوجوب نفقته عليه

وعنه : تكره كتابته دون عتقه . اختاره ابن عبدوس في تذكرته .

وعنه : تكره كتابة الأنثى ويأتي ذلك في أول « باب الكتابة »

فوائد

الأولى : لو خيف على الرقيق الزنا والفساد كره عتقه بلا نزاع أعلمه

وإن ظن ذلك صح وحرم قاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما

وقصر عليه فى الفروع ، وقال : ويتوجه فيه كمن باع أو اشترى بقصد الحرام

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله . ولو أعتق جارية ، وبينه عتقها أن تكون مستقيمة لم يحرم عليه بيعها ، إذا كانت رابية .

الثانية - لو أعتق عبده أو أمته ، واستثنى خدمته مدة معلومة : صح . نص عليه ، لحديث سفينة [1]

وكذا لو استثنى خدمته مدة حياته قاله فى القاعدة الثانية والثلاثين

قال : وعلى هذا يتخرج أن يعتق أمته ، ويجعل عتقها صداقها . لأنه استثنى الانتفاع بالبضع . ويمسكه بعقد النكاح ، ويجعل العتق عوضاً عنه فانعقدا فى آن واحد

وبنى بعض ذلك فى هذا الباب ، بعد قوله « وإن قال : أنت حر على أن تخدمنى سنة إن شاء الله » .

الثالثة . قال فى الرعايتين ، والفائق : يصح العتق ممن نصح وصيته .

قال فى الفائق : وإن لم يصح نص عليه قاله فى الرعاية الكبرى .

وعنه : بل وهبة انتهى

وقال فى المذهب . يصح عتق من يصح بيعه

قال البطر : ولا يصح إلا ممن يصح تصرفه فى ماله فى المؤكد

وقدم هذا فى المستوعب

وقال ابن عقيل : يصح عتق الهازل

وقطع المصنف وغيره أنه لا عتق لمميز

---

(١) روى أبو داود « أن أم سلمة رضى الله عنها أعتقت سفينة ، واشترطت عليه خدمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عاش »

وقال طائفة من الأصحاب : لا يصح عتق الصغير بغير خلاف منهم المصنف .

وأثبت غير واحد الخلاف فقال في الإرشاد ، والمنهج ، والترغيب - في عتق ابن عشر ، وابنة تسع - : روايتان .

وقال في الموجز : وفي صحة عتق الصغير روايتان .

وقال في الانتصار ، والعمدة ، والتذهيب ، والخلاصة ، والمصنف في باب الحجر وغيرهم : في صحة عتق السفيه روايتان

وقدم في التبصرة : صحة عتق المميز ، والسفيه ، والمفلس

وقال في عيون المسائل : قال الإمام أحمد رحمه الله : يصح عتقه انتهى

ونقل أبو طالب ، وأبو الحارث ، وابن منصور : صحة عتقه .

وإذا قلنا بصحة عتقه . فضبطه طائفة بعقل العتق وقاله الإمام أحمد رحمه الله في رواية ابنه صالح ، وأبي الحارث ، وابن منصور

وضبطه طائفة بعشر في الغلام ، وتسع في الجارية ، كما ذكره عن صاحب المنهج والترغيب .

وقال الإمام أحمد رحمه الله - في رواية أبي طالب : في الغلام الذي يعتق يطلق امرأته - : إذا عقل الطلاق حتى طلاقه ، ابن عشر سنين إلى ثنتي عشرة سنة . وكذلك إذا أعتق : حتى عتقه انتهى

وممن اختار من الأصحاب صحة عتقه أبو بكر عبد العزيز . ذكره في آخر كتاب المدبر من الخلاف

فقال : وتدبير الغلام إذا كان له عشر سنين : صحيح ، وكذلك عتقه ، وطلاقه انتهى

وتقدم بعض ذلك في أول كتاب البيع وباب الحجر

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ فأمَّا القولُ ، فصريحُهُ : لفظُ « العتقِ » و« الحُرِّيَّةِ » كيفَ صُرِّفَا ﴾

أن العتق يحصل بذلك ، ولو تجرد عن النية . وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب

وعنه : تعتبر النيه مع القول الصريح

قال في الفائق ، فلو نوى بنية قصد الفعل معتبرة ، تحرزا من النائم ونحوه . ولا تعتبر به العبادة ولا القربة فيقع عتق الهازل انتهى .

وقال ابن عقيل في الفنون : الإمامية يقولون : لاينفذ إلا إذا قصد به القربة قال : وهذا يدل على اعتبار النية لوقوعه فيهم جعلوه عبادة . قال : وهذا لا بأس به . انتهى .

ويحتمل عدم العتق بالصريح ، إذا نوى به غيره قاله المصنف وغيره

فائدة : لو قصد غير العتق بقوله « عبدي هذا حر » يريد عفته وكرم أخلاقه ، أو يقول له « ما أنت إلا حر » يريد به عدم طاعته ، ونحو ذلك : لم يعتق ، على الصحيح من المذهب .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم : هذا ظاهر المذهب

قال في الترغيب ، وغيره : هو كالطلاق فيما يتعلق باللفظ ، والتعليق ، ودعوى صرف اللفظ عن صريحه .

قال أبو بكر لايختلف حكمهما في اللفظ والنية .

وجزم في التبصرة : أنه لايقبل في الحكم .

وعلى الأول لو أراد العبد إخلافه ، كان له ذلك نص عليه

تنبيه : قوله « صريحه لفظ العتق والحرية كيف صرفا » .

ليس على إطلاقه فإن الألفاظ المتصرفة منه خمسة . ماض ، ومضارع ، وأمر ، واسم فاعل ، واسم مفعول ، والمشتق منه وهو المصدر .

فهذه ستة ألفاظ ، وللحال أن الحكم لاتعلق بالمضارع ، ولا بالأمر لأن الأول : وعد . والثاني : لايصلح للانشاء ، ولا هو حر

فيكون لفظ المصنف عامًّا أريد به الخصوص

وقد ذكر مثل هذه العبارة فى باب التدبير ، وصريح الطلاق

وكذا ذكر غيره من الأصحاب . ومرادهم ما قلناه

قوله ﴿وفى قوْلِهِ : لاسَبِيلَ لِى عَلَيْكَ ، ولا سُلْطَانَ لِى عَلَيْكَ ، ولا مِلْكَ لِى عَلَيْكَ ، ولا رِقَّ لِى عَلَيْكَ . وفَكَكْتُ رَقَبَتَكَ . وأَنْتَ مَوْلاى . وأَنْتَ لِلّهِ ، وأَنْتَ سَائِبَةٌ رِوايتانِ﴾ .

وكذا « لاخدمة لى عليك ، و « ملكتك نفسك » وأطلقهما فى مسبوك الذهب ، والكافى ، والهادى ، والمحرر ، والبلغة ، والفروع .

وأطلقهما فى الشرح فى قوله « فككت رقبتك ، وأنت سائبة ، وأنت مولاى ، وَمَلَكْتُكَ رَقَبَتَكَ » إحداهما صريح .

صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر وجزم به فى الوجيز

قال ابن رزين : وفيه بعد

والرواية الثانية : كناية

صححه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والنظم ، والحاوى الصغير

وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأدمى ، وتذكرة ابن عبدوس

وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، وإدراك الغاية

وصححه ابن رزين فى شرحه ، وقدمه

واختار المصنف : أن قوله « لاسبيل لى عليك ، ولا سلطان لى عليك » كناية .

وقال القاضى فى قوله « لا ملك لى عليك ، ولا رق لى عليك ، وأنت لله » صريح . نص عليه وقدمه فى الفائق

وقال : ومن الكناية قوله « لا سلطان لى عليك ، ولا سبيل لى عليك ،

وفككت رقبتك، وملكتك عنك ، وأنت مولاى ، أو سائبة » فى أصح الروايتين

وقطع فى الإيضاح أن قوله « لاملك لى عنك ، وأنت لله » كناية

وقال : اختلفت الرواية فى ثلاثة ألفاظ ، وهى « لاسبيل لى عليك ولا سلطان ، وأنت سائبة »

وقال ابن البنا فى خصاله : قوله « لا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ ، ولا رِقَّ لِي ، وأنْتَ لِلَّهِ صَرِيحٌ »

وقال : اختلفت الرواية فى ثلاثة ألفاظ . وهى التى ذكرها فى الإيضاح .

وظاهر كلامه فى الواضح : أن قوله « وملكتك لله » صريح

وسوى القاضى وغيره بينها و بين قوله « أنت لله »

وقال فى الموجز : هى وقوله « رفعت يدى عنك إلى الله » كناية

قوله (وفى قولِهِ لِأَمَتِهِ : أنْتِ طالِقٌ ، أو أنْتِ حرامٌ : روايتانِ)

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والهدى ، والكافى ، والمغنى ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير .

إحداهما : كِنَايَة وهو للمذهب ، حرم به فى الوجيز ، ونظمه ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم

وصححه فى التصحيح ، والنظم . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، وإدراك الغاية . وقدمه ابن رزين فى قوله « أنتِ حرام » .

والرواية الثانية : أنه ظهر . وقدمه ابن رزين فى قوله « أنت طالق »

وصحح المصنف ، والشارح : أنه كناية فى قوله « أنت حرام » .

وأطلق الروايتين فى قوله « أنت طالق »

وقال فى الانتصار : حكم قوله « اعتدى » حكم هذه المسألة ، وأنه يحمل منه فى غير الظهار

قوله ﴿ وإذا قال لعبده - وهو أكبر منه - أنت ابني : لم يعتق . ذكره القاضي ﴾ وهو المذهب .

قال في الفروع : لم يعتق في الأصح وجزم به في الوجيز

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي ، والشرح ، وشرحه

ويحتمل أن يعتق وهو تخريج وجه لأبي الخطاب

وقال أبو الخطاب - وتبعه في الحاوي الصغير - : لا نص فيه إلا أن القاضي قال : لا يعتق

وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يعتق

تنبيه : قوله ﴿ وإذا قال لعبده وهو أكبر منه ﴾

قال ذلك للتصوير على سبيل ضرب المثل . وإلا فحيث قال ذلك لمن لا يمكن كونه منه ، فإنه داخل في المسألة

وإذا أمكن كونه منه ، فلا يخلو : إما أن يكون للمدعى نسب معروف ، أو لا .

فإن لم يكن له نسب معروف ، عتق عليه .

وإن كان له نسب معروف ، فالصحيح من المذهب : أنه يعتق عليه أيضاً . لاحتمال أن يكون وطئ بشبهة

وقدمه في الفروع . وقاله القاضي في خلافه ، وابنه أبو الحسين ، والآمدي

وقيل : لا يعتق لتكذيبه شرعاً

وهو احتمال في انتصار أبي الخطاب

وأطلقهما في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي ، الصغير ، والفائق .

تنبيه : قال ابن رجب - وتبعه في القواعد الأصولية - : هذا جميعه مع إطلاق اللفظ أما لو نوى بهذا اللفظ الحرية : فينبغي عتقه بهذه النية ، مع هذا اللفظ

قال ابن رجب : ثم رأيت أن حكيم وجه القول بالعتق ، وقال بحور كونه كناية في العتق

فائدة : لو قال لأصغر منه « أنت أبي » فالحكم : كما لو قال لأكبر منه « أنت ابني » قاله في الفروع ، والمذهب . وقاسه في الرعايتين على الأول من عنده

فائدة أخرى : لو قال « أعتقتك » أو « أنت حر من ألف سنة » لم يعتق

وقال في الانتصار : ولو قال لأمته « أنت ابني » أو لعبده « أنت بنتي » لم يعتق

فائدة . لو قال لزوجته - وهي أكبر منه - « هذه ابنتي » لم تطلق بذلك بلا نزاع

قوله (وَإِنْ أَعْتَقَ حَامِلاً : عَتَقَ جَنِينُهَا ، إِلاَّ أَنْ يَسْتَثْنِيَهُ وَإِنْ أَعْتَقَ مَافِي بَطْنِهَا دُونَهَا : عَتَقَ وَحْدَهُ)

في الحال . هذا المذهب . نص عليه .

وجزم به في الوجيز ، والمغني ، والشرح ، وغيرهم .

وقدمه في الحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

والقول بعتق جنينها معها ، إلا أن يستثنيه : من مفردات المذهب .

وقيل : لا يعتق الحمل فيهما حتى تضعه حياً فيكون كمن علق عتقه بشرط فيجوز بيعه قبل وضعه ، تبعاً لأمه وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله نص عليها في رواية ابن منصور .

وقاله في القاعدة الرابعة والثمانين

وقال بعد ذلك : وقياس ما ذكره القاضي ، وابن عقيل : أنه لا يعتق بالكلية فيما إذا أعتق حاملاً . بل هو كالمعدوم قبل الوضع قال : وهو بعيد جداً

ووقف الإمام أحمد رحمه الله في رواية ابن الحكم : هل يكون الولد رقيقاً إذا استثناه من العتق ؟

وخرج ابن أبي موسى ، والقاضي أنه لا يصح استثناؤه على قياس استثنائه في البيع

فائدة : لو أعتق أمة حملٍ لغيره ، وهو موسر ، كأوصى به : عتق الحمل أيضاً ، وضمن قيمته ذكره القاضي . وجزم به في المنور .

واختاره القاضي ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب . قاله في القواعد

وقدمه في النظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

وقيل : لا يعتق . جزم به في الترغيب

واختاره في المحرر ، وصاحب التلخيص وقدمه في المستوعب .

قوله (فأما الملك : فمن ملك ذا رحم محرم : عتق عليه) .

وهو المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الوجيز وغيره .

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم .

وعنه : لا يعتق إلا عمودي النسب

قال في الكافي : بناء على أنه لا نفقة لغيرهم

وقال في الانتصار : وله فيه خلاف .

واختار الآجري : لا نفقة لغيرهم .

ورجح ابن عقيل : لا يعتق بالملك

وعنه : إن ملكه بإرث : لم يعتق

وفي إجباره على عتقه : روايتان ذكره ابن أبي موسى

وعنه : لا يعتق الحمل حتى يولد في ملكه حياً

فلو زوج ابنه أمة ، فحملت منه في حياته ثم ولدت بعد موت جده . فهل هو موروث عنه ، أو حر ؟ فيه روايتان

ذكره في المحرر ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم

فائدة : لو ملك زوجة غير محرم عليه ، أو ملك محرماً رضيع ، أو مصاهرة : لم يعتق نص عليه في رواية الجماعة وهذا المذهب وعليه الأصحاب .

وعنه : أنه كره بيع أخيه من الرضاع . وقال : بيع أخه ؟!!

قوله ﴿ وَإِنْ مَلَكَ وَلَدَهُ مِنَ الزِّنَا ﴾ يعني : وإن نزل ﴿ لَمْ يَعْتِقْ ﴾ .

هذا ظاهر كلامه ، وهو المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، والمغني ، والشرح ، وشرح ابن منجا

قال في منسوك الذهب ، وغيره : هذا ظاهر المذهب

قال الزركشي : عليه الأصحاب

ويحتمل أن يعتق . واختاره بعض الأصحاب . وهذا الاحتمال لأبي الخطاب .

فائدة : لو ملك أباه من الزنا ، فملكه حكم ما لو ملك ابنه من الزنا

ذكره في التبصرة ، والرعاية . واقتصر عليه في الفروع

قلت ، إن أرادوا : أن أباه ولد زنا ، وولده ولد زنا منه : فهذا محتمل

وإن أرادوا : أنه ولد زنا ، وولده الذي ملكه ، هو ولده من الزنا . فسلم وهو مرادهم والله أعلم

وإن أرادوا ، أن أباه : ولد زنا ، وولده الذي ملكه ليس من زنا . فهذا غير مسلم ، بل يعتق عليه هنا . وهو داخل في كلامهم .

قوله ﴿ وَإِنْ مَلَكَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ الْمِيرَاثِ ـ وَهُوَ مُوسِرٌ ـ عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ ﴾

يعني أنه إذا ملك جزءاً ممن يعتق عليه ـ وكان ملكه له غير الميراث ـ فلا يخلو : إما أن يكون موسراً ، أو معسراً

فإن كان موسراً ، فلا يخلو : إما أن يكون موسراً بجميعه ، أو موسراً ببعضه .

فإن كان موسراً بجميعه . عتق عليه في الحال على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب

وقيل لا يعتق عليه قبل أداء القيمة

اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق . ومال إليه الزركشي .

فعليه لو أعتق الشريك قبل أدائها : فهل يصح عتقه ؟ فيه وجهان . وأطلقهما في الفروع

قال في الرعاية : فهل يصح عتقه ؟ يحتمل وجهين

أحدهما : يصح . اختاره الشيخ تقي الدين ، وصاحب الفائق رحمهما الله .

والثاني : لا يصح .

تنبيه : قوله ﴿وعليه قيمة نصف شريكه﴾ .

لا نزاع ويأتي في كلام المصنف قريبا متى يقوم ؟ .

فائدة قال الإمام أحمد رحمه الله : له نصفه ، لا قيمة النصف

قال في الفروع . لا قيمة للنصف ورده ابن نصر الله في حواشيه وتأول كلام الإمام أحمد رحمه الله

قال الزركشي . هل يقوم كاملاً ، ولا عتق فيه ، أو قد عتق نصفه ؟ فيه قولان للعلماء أصحهما : الأول .

وهو الذي قاله أبو العباس فيما أظن لظاهر حديث ولأن حق الشريك إنما هو في نصف القيمة ، لا قيمة النصف بدليل ما لو أراد البيع فإن الشريك يجبر على البيع معه انتهى كلام الفروع .

وكذا الحكم لو أعتق شريكاً في عبد وهو موسر ، على ما يأتي .

وإن كان موسراً بنصفه : عتق عليه . على الصحيح من المذهب ، بقدر ما هو موسر به نص عليه في رواية ابن منصور

قال في الفائق : عتق بقدره في أصح الوجهين

وقدمه في الرعايتين ، والزركشي ، والفروع ، وغيرهم

وجزم به في المستوعب ، والمغني ، والشرح ، وغيرهم .

وقيل : لا يعتق إلا ما ملكه والحالة هذه .

تنبيه : شمل قوله « عَتَق كُلّه » .

لو كان شقص شريكه مكاتباً ، أو مدبراً ، أو مرهوناً وهو صحيح وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه في الفروع .

وقال القاضي : يمتنع العتق في المكاتب والمدبر ، إلا أن يبطلا فيسري حينئذ . وحيث سرى : ضمن حق الشريك بنصف قيمته مكاتباً على الصحيح قدمه في الفروع

وعنه : يضمنه بما بقي من الكتابة جزم به في الروضة . وأطلقهما في المحرر .

وأما المرهون : فيسري العتق عليه . وتؤخذ قيمته ، فتجعل مكانه رهناً . قاله في الترغيب . واقتصر عليه في الفروع

فائدة . حدّ « الموسر » هنا : أن يكون - حين الإعتاق - قادراً على قيمة الشقص ، وأن يكون فاضلاً عن قوته وقوت عياله ، يومه وليلته ، كالفطرة ، على ما تقدم هناك . نص عليه

وجزم به في الوجيز ، والمغني ، والشرح ، وغيرهم

وقدمه في الفروع ، وغيره . وقاله القاضي في المجرد ، وابن عقيل في الفصول

قال أبو بكر في التنبيه « اليسار » هنا : أن يكون له فضل عن قوته وقوت عياله ، يومه وليلته ، وما يفتقر إليه من حوائجه الأصلية ، من الكسوة والمسكن ، وسائر ما لا بد منه . نقله عنه في المغني ، والشرح .

قال الزركشي . ولم أره فيه . وإنما فيه : أن يكون مالكاً مبلغ حصة شريكه

قال الزركشي : وهو ظاهر كلام غيره . وأورده ابن حمدان مذهباً

وقال في المغني : مقتضى نصه : لا يباع له أصل مال .

قال في الفائق : ولا يباع له دار ، ولا رباع . نص عليه

وقال في الرعاية ، وقيل : بل إن كان مايغرمه المولى فاضلاً عن قوت يومه وليلته ـ قلت : وعن قوت من تلزمه نفقته فيهما ـ مالابد لهما منه . انتهى .

والاعتبار باليسار والإعسار : حالة العتق . فلو أيسر المعسر بعده : لم يسر إليه ، ولو أعسر الموسر : لم يسقط ماوجب عليه . نص على ذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ﴾ يعني : بجميعه .

﴿ لَمْ يَعْتِقْ عَلَيْهِ إِلَّا مَا مَلَكَ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه معظم الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق وغيرهم

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : هذا ظاهر المذهب

وعنه يعتق كله . ويستسعى العبد في بقيته . نصره في الانتصار . واختاره أبو محمد الجوزي ، والشيخ تقي الدين رحمهم الله

فعلى هذه الرواية : قيمة حصة الشريك في ذمة العبد . وحكمه حكم الأحرار .

فلو مات ـ وبيده مال ـ كان لسيده مابقي من السعاية ، والباقي إرث .

ولا يرجع العبد على أحد بشيء . وهذا الصحيح . قدمه في الرعاية .

قال الزركشي : وهو ظاهر كلام الأكثرين ، وهو كما قال

فإنهم قالوا : يعتق العبد كله . ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي حق السعاية .

واختاره أبو الخطاب في الانتصار . وقدمه ابن رزين في شرحه .

فيكون حكمه حكم عبد بعضه رقيق . فلو مات كان للشريك من ماله مثل ماله ، عند من لم يقل بالسعاية .

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والفروع ، والزركشي .

قوله (وَإِنْ مَلَكَهُ بِالمِيرَاثِ : لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ إِلَّا مَا مَلَكَ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا) .

وهذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الجامع ، والمكاتى ، والوجيز ، وغيرهم وصححه فى الشرح ، وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره

وعنه : أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان موسراً

نص عليها فى رواية المروذى .

قوله (وَإِنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ . فَجَدَعَ أَنْفَهُ ، أَوْ أُذُنَهُ وَنَحْوَهُ)

وكذا لو خرق عضواً منه

قال فى الرعاية الكبرى : أو أحرقه بالنار : عتق عليه نص عليه ، للأثر[1] وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الدروع ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق وغيرهم

قال القاضى : القياس أنه لا يعتق

وقال جماعة من الأصحاب . لا يعتق مكاتب

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه سواء قصد التمثيل به ، أو لم يقصده وهو أحد الوجهين

قال فى الفائق : وهو بشرط عدم فعل القصد وقدمه فى الرعايتين

(١) روى الإمام أحمد رحمه الله وغيره عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن زنباعاً - أبا روح - وجد علاماً له مع جارية . فقطع ذكره ، وجدع أنفه فأتى العبد النبى صلى الله عليه وسلم ، فذكر ذلك له . فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ما حملك على ما صنعت ؟ قال . فعل كذا وكذا . قال فاذهب ، فأنت حر »

وقيل : يشترط القصد فى ذلك ، اختاره ابن عقيل .

وجزم به فى الوجيز . وأطلقهما فى الفروع .

فوائد

إحداها : حيث قلنا يعتق بالتمثيل : تكون الولاء لسيده . نص عليه وقدمه فى الرعايتين ، والحائل

وقيل : بيت المال . ذكره فى الرعاية

وقال ابن عقيل : يصرف فى رقاب قال : وهو قياس المذهب .

قال فى الفائق ، قلت وجزم به ابن الزاغونى . وأطلقهما فى الفروع .

وقال أيضاً فى الفائق : ويتوجه فى العمل به كقول ابن عقيل . وإن لم يشترط فكالمنصوص

الثانية : هل يعتق بمجرد المثلة ، أو عتقه عليه السلطان ؟

قال فى الفائق : يحمل روايتين من كلام الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى رواية « يعتق » وقال فى رواية « يعتقه السلطان » وهما روايتان عن الإمام مالك رحمه الله

والمعروف فى المذهب . أنه يعتق عليه بمجرد ذلك قاله فى القواعد

وظاهر رواية المنصوص عتقه السلطان عليه

وقال فى الفائق أيضاً ولو مثل بعبد مشترك سرى العتق إلى باقيه وضمن للشريك ذكره ابن عقيل

الثالثة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو استكره المالك عبده على الفاحشة عتق عليه . وهو أحد القولين فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله . وهو مبنى على القول بالعتق بالمثلة

ولو استكره أمة غيره على الفاحشة عتقت وغرم مثلها لسيدها قاله الإمام أحمد رحمه الله فى رواية إسحاق .

الرابعة : مفهوم كلام المصنف : أنه لو مثَّل بعبد غيره لا يعتق عليه وهو الصحيح من المذهب .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يتوجه أن يعتق ، واختاره .

الخامسة : مفهومه أيضاً . أنه لو لعن عبده لا يعتق عليه بذلك . وهو صحيح . وهو المذهب

وذكر ابن حامد عن الإمام أحمد رحمه الله أنه قال : من لعن عبده فعليه أن يعتقه ، أو لعن شيئاً من ماله أن عليه أن يتصدق به

قال : ويحمل في لعن زوجته أنه يلزمه أن يطلقها

قال ابن رجب في شرح حديث « ابيك » ويشهد لهذا في الزوجة : وقوع الفرقة بين المتلاعنين ، مع كون أحدهما كاذباً في نفس الأمر ، قد حقت عليه اللعنة أو الغضب .

السادسة : لو وطىء جاريته المباحة التي لا يوطأ مثلها ، فأفضاها : عتقت ، وإلا فلا . قاله في الرعاية الكبرى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ فَمَالُهُ لِلسَّيِّدِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب . جزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وعنه : للعبد .

فائدة مثل ذلك في الحكر : لو أعتق مكاتبه وبيده مال . على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وعنه : له

وإن فضل فضل بعد أداء الكتابة فهو للمكاتب

تنبيه : قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ ، مُعَيَّنًا أَوْ مُشَاعًا : عَتَقَ كُلُّهُ ﴾

مراده : إذا أعتق غير شعره وظفره وسنه ، ونحوه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ - وَهُوَ مُوسِرٌ بِقِيمَةِ بَاقِيهِ - عَتَقَ كُلُّهُ ﴾ .

بلا نزاع من حيث الجملة ، لكن لو كان موسراً ببعضه : فإنه يعتق منه بقدر ماهو موسر به . على الصحيح من المذهب . نص عليه في رواية ابن منصور . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : لا يعتق عليه إلا حصته فقط . وتقدم ذلك قريباً ، فليعاود .

وتقدم أيضاً « هل يوقف العتق على أداء القيمة أم لا ؟ » .

قوله ﴿ وعليه قيمةُ بَاقِيهِ يَوْمَ العِتْقِ لِشَرِيكِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . ونص عليه .

قال الزركشي : هذا المعروف المشهور .

وفي الإرشاد وجه : أن عليه قيمته يوم تقويمه . وحكاه الشيرازي أيضاً .

قال الزركشي : وهو قياس القول الذي لنا في الغصب .

وكذا الحكم لو عتق عليه كله .

فائدة : لو عدمت البينة بقيمته . فالقول قول المعتق . جزم به في المغني ، والشرح والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم من الأصحاب .

وقال في الفائق : ويقبل فيها قول الشريك مع عدم البينة . فلعله سبقة قلم .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا لَمْ يَعْتِقْ إِلَّا نَصِيبُهُ وَيَبْقَى حَقُّ شَرِيكِهِ فِيهِ ﴾

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وعنه : يعتق كله . ويستسعى العبد في قيمة باقيه ، غير مشقوق عليه .

وتقدم ذلك كله وأحكامه وفروعه ، والخلاف فيه ، وما يتعلق بذلك من

الفروع قريب عند قوله « وإن ملك سهماً ممن يعتق عليه » فإن الحكم هنا وهناك واحد عند الأصحاب . فلا حاجة إلى إعادته

تنبيه : بقي قولنا « إذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم ، هل يسري أم لا ؟ »

قوله ﴿ وإذا كان العبدُ لثلاثة : لأحدهم نصفُهُ ، ولآخرَ ثلثُهُ ، وللثالثِ سدسُهُ . فأعتق صاحبُ النصف وصاحبُ السدس معاً ـ وهما مُوسِران ـ عتق عليهما ، وضمنا حقَّ شريكهما فيه بصفتين ، وصار ولاؤُهُ بينهما أثلاثاً ﴾

وهذا المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب ، وجزم به في الوجيز ، والخرقي ، وغيرهم

وقدمه في الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والشرح ، والمحرر ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، وغيرهم

قال الزركشي : هو المذهب المجزوم به بلا ريب

ويحتمل أن يضمنه على قدر ملكهما فيه ، وهو لأبي الخطاب في الهداية .

وجزم به في المذهب ، إلا أن تكون القيمة متفاوتة

فائدتان

احداهما : تصور عتقهما معاً في صور .

منها : أن يتفق عتقهما في آن واحد

ومنها : أن يعتقاه على صفة واحدة

ومنها : أن يوكلا شخصاً يعتق عنهما ، أو يوكل أحدهما الآخر .

قوله ﴿ وإذا أعتق الكافرُ نصيبَهُ من مُسلِمٍ ـ وهو مُوسِرٌ ـ سرى إلى باقيه في أحد الوجهين ﴾ .

وهو المذهب . صححه في التصحيح ، والمغني ، والشرح ، والنظم

قال في الفائق : سرى إلى سائره في أصح الوجهين .

وجزم به في الوجيز . وقدمه في الرعاية الصغرى ، وشرح ابن رزين

والوجه الثاني : لا يسري . ذكره أبو الخطاب فمن بعده .

قال ابن رزين : وليس بشيء . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والفروع ، والحاوي الصغير .

وتقدم في كتاب البيع « هل يصح شراء الكافر مسلما يعتق عليه بالرحم أم لا ؟ » .

وتقدم في باب الولاء « إذا قال الكافر لرجل : أعتق عبدك المسلم عني ، وعليّ ثمنه : هل يصح أم لا ؟ »

الثانية : لو قال « أعتقت نصيب شريكي » كان لغوا . ولو قال « أعتقت النصف » انصرف إلى ملكه ، ثم سرى . لأن الظاهر أنه أراد نصيبه

ونقل ابن منصور — في دار بينهما — فقال أحدهما « بعتك نصف هذه الدار » لا يجوز . إنما له الربع من النصف ، حتى يقول : نصيبي

ولو وكل أحدهما الآخر ، فأعتق نصفه ولا ... ففي صرفه إلى نصيب موكله ، أم نصيبه ، أم إليهما ؟ احتمالات في المغني . واقتصر عليه في الفروع

قلت : الصواب عتق نصيبه لا غير

قوله ﴿ وإذا ادّعى كُلُّ واحِدٍ من الشَّريكَيْنِ أنَّ شَريكَهُ أعْتَقَ نَصيبَهُ مِنْهُ — وهُما مُوسِرانِ — فقدْ صارَ العَبْدُ حُرًّا لِاعْتِرافِ كُلِّ واحِدٍ مِنْهُما بِحُرِّيَّتِهِ . وصارَ مُدَّعِيًا عَلَى شَريكِهِ قِيمَةَ حَقِّهِ مِنْهُ . ولا وَلاءَ عَلَيْهِ لِواحِدٍ مِنْهُما . وإنْ كانا مُعْسِرَيْنِ : لَمْ يَعْتِقْ عَلَى واحِدٍ مِنْهُما ﴾

بلا نزاع أعلمه . لكن للسيد أن يحلف مع كل واحد منهما ، ويعتق جميعه أو مع أحدهما ، ويعتق نصفه ـ إذا قلنا : إن العتق يثبت بشاهد ويمين ، وكان عدلا ـ على ما نقل ذكره الأصحاب .

وذكر ابن أبي موسى : لا يصدق أحدهما على الآخر .

وذكره أبو بكر في زاد المسافر ، وعنه تثبت حصتهما ، ولا شهادة لخصم على خصمه .

قوله ﴿ وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه ، عتق حينئذ ولم يسر إلى نصيبه ﴾ .

يعني : إذا كانا معسرين . وهذا المذهب . جزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال أبو الخطاب : يعتق جميعه

قال الناظم : وليس ببعيد . وأطلقهما في الفائق

فعلى قول أبي الخطاب . لا ولاء له فيما اشتراه مطلقا ، على الصحيح من المذهب . قدمه في الرعاية .

وقيل : له ولاؤه كله ، إن أكذب نفسه

قوله ﴿ وإذا قال أحد الشريكين . إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر ، فأعتق الأول ، وهو موسر : عتق كله ﴾

وهو مذهب . وعليه لأصحاب . قال المصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وقيل : يعتق عليهما . وهو احتمال للمصنف .

قوله ﴿ وإذا قال : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبي حر مع نصيبك ، فأعتق نصيبه . عتق عليهما ، موسرا كان أو معسرا ﴾ هذا المذهب

قال في الفروع . ولأصحاب عتقه عليهما

قال فى المستوعب : قاله أصحابنا . قال الشارح . وهذا أولى .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم .

وقيل . يعتق كله على المعتق الأول .

فوائد

إحداها : وكذا الحكم ـ والخلاف والمذهب ـ فيما إذا قال « إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر قبل إعتاقك » قاله فى الفروع

وقيل : يعتق جميعه على صاحب الشرط بالشرط ويضمن حق شريكه اختاره فى المستوعب . ومع إعسارهما يعتق عليهما

الثانية : لو قال لأمته « إن صليت مكشوفة الرأس فأنت حرة قبله » فصلت كذلك : عتقت . على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى ذكره آخر الباب ، وقيل : صلاة صحيحة

وقيل : لا يعتق جزم به أبو المعالى . لبطلان الصفة بتقدم المشروط .

الثالثة : لو قال « إن أقررت بك لزيد فأنت حر قبله » فأقر له به : صح إقراره فقط .

الرابعة . لو قال « إن أقررت بك له فأنت حر ساعة إقرارى » لم يصح الإقرار ولا العتق

قوله ﴿ ويَصِحُّ تعليقُ العِتْقِ بالصِّفاتِ ، كدُخُولِ الدَّارِ ، ومَجِيءِ الأمْطارِ ولا يَمْلِكُ إبْطالَها بالقَوْلِ ﴾ .

هذا المذهب وعليه الأصحاب قاطبة وأكثرهم قطع به

وذكر فى الانتصار ، والوضح أنه يجوز له فسخه

ويأتى ذلك وغيره فى أول « باب تعليق الطلاق بالشروط » .

قوله ﴿ وَلَهُ بَيْعُهُ ، وَهِبَتُهُ ، وَوَقْفُهُ ، وَغَيْرُ ذَلِكَ ﴾

ولا يحرم عليه وطء أمته بعد تعليق عتقها على الصحيح من المذهب نص عليه

وعنه : لا يطؤها

فائدة : لا يعتق قبل كمال الصفة على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب

وخرج القاضي رواية — من الأيمان — بالعتق

وقال في الفائق : وهو ضعيف

قال الناظم : لا يعتد بها في المجرد ورده المصنف ، والشارح ، من خمسة أوجه .

قوله ﴿ فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ : عَادَتِ الصِّفَةُ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ قَدْ وُجِدَتْ مِنْهُ فِي حَالِ زَوَالِ مِلْكِهِ ، فَهَلْ تَعُودُ بِعَوْدِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافي ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والشرح ، وشرح ابن منجا

إحداهما : تعود بعوده وهو المذهب فيهما نص عليه واختاره ابن عبدوس في تذكرته وصححه في التصحيح

قال في القاعدة الأربعين ، أشهر الروايتين أنها تعود بعود الملك ، إذا وجدت الصفة بعد زوال الملك

وجزم به في الوجيز ، والعمدة ، وغيرهما وقدمه في المحرر ، والنظم ، وتجريد العناية

وفرق القاضي بين الطلاق والعتاق فإن ملك الرقيق لا يبنى فيه أحد الملكين على الآخر ، بخلاف النكاح فإنه يبنى فيه أحد الملكين على الآخر في عدد الطلاق ، على الصحيح

قال فى القواعد : وهذا التعريف لا أثر له ، إذ لو كان معتبرًا ، يشترط لعدم الحنث وجود الصفة فى غير الملك . انتهى

والرواية الثانية : لا تعود الصفة . جزم به أبو محمد الجوزى فى الطريق الأقرب قال فى الفائق ، وهو أرجح وقدمه فى خلاصة .

وعنه لا تعود الصفة سواء وجدت حال زوال ملكه أولا ، حكاها الشيخ تقى الدين رحمه الله وذكرها قولا

قوله (وتبطلُ الصفةُ بموتِه . فإنْ قال : إنْ دخلتُ الدارَ بعدَ موتى ، فأنت حرٌّ ، أوْ أنت حرٌّ بعدَ موتى بشهرٍ ، فهلْ يصحُّ ويعتقُ ؟ على روايتين)

ذكر المصنف مسألتين الأولى إذا قال « إن دخلت الدار بعد موتى فأنت حر » وأطلق فيها روايتين

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

إحداهما : لا يصح . ولا يعتق بوجود الشرط . وهو الصحيح . صححه المصنف ، والشارح ، وصاحب المذهب ، ومسبوك الذهب ، والنظم

والرواية الثانية : يصح ويعتق صححه فى التصحيح ، والمذهب وجزم به فى الوجيز وقدمه فى الرعايتين

وعلى هذه الرواية لا تملك الوارث بيعه قبل نقله ، كما نوقش به قبل قوله ، قاله جماعة منهم . صاحب الترغيب وقصر عليه فى الفروع

والمسألة الثانية إذا قال « أنت حر بعد موتى بشهر » فأطلق المصنف فيه الروايتين

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ، فى باب التدبير ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم

إحداهما : يصح تصحيحه فى التصحيح

قال فى الرعايتين : صح فى الأصح وجزم به فى الوجيز

والرواية الثانية : لا يصح ولا يعتق اختاره أبو بكر وصححه فى النظم فى كتاب العتق وقدمه فى الخلاصة فى باب التدبير

وجزم به فى الحاوى الصغير واختاره ابن عبدوس فى تذكرته

وعامة الأصحاب يذكر هذه المسألة فى باب المدبر .

تنبيهان

أحدهما : قال فى قواعد ابن رجب : بنى طائفة من الأصحاب هذين الروايتين على أن التدبير : هل هو تعليق عتق بصفة ، أو وصية ؟ على ما مضى فى باب التدبير .

فإن قلنا التدبير وصية : صح تقييدها بصفة أخرى توجد بعد الموت .

وإن قلنا عتق بصفة : لم يصح ذلك

وهؤلاء قالوا : أو هو صريح بالتعليق فقال « إن دخلت الدار بعد موتى بشهر فأنت حر » لم يعتق رواية واحدة وهى طريقة ابن عقيل فى إشاراته

قال ابن رجب : والصحيح أن هذا اختلاف ليس مبنيا على هذا الأصل ، وعلله ، وقال : ومن الأصحاب من جعل هذا العتق تدبيرا . ومنهم من نص ذلك.

ولم أر فى حكايته الخلاف فيه أربعة طرق ذكرت فى غير هذا الموضع

الثانى — على القول بالصحة — : فكسبه بعد الموت وقبل وجود الشرط : للورثة . على الصحيح من المذهب . قاله القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم

ووجه فى القواعد : أن كسبه له ، من تصريح صاحب المستوعب : أن العبد باق على ملك الميت ، لا ينتقل إلى ورثته ، كالموصى بعتقه

فائدة : وكذا الحكم ـ خلافا ومذهبا ـ لو قال « اخدم زيدا سنة بعد موتي ثم أنت حر »

فعلى الصحة : لو أبرأه زيد من الخدمة عتق من حينه . على الصحيح من المذهب

وقيل : لا يعتق إلا بعد سنة . فإن كانت الخدمة بِسَعَةٍ ـ وهما كافران ـ فأسلم العبد . ففي لزوم القيمة عليه لبقية الخدمة : روايتان . ذكرهما ابن أبي موسى

وأطلقهما في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق .

إحداهما : لا تلزمه ، ويعتق مجانا . جزم به في المنور

قلت : وهو الصواب .

والرواية الثانية : تلزمه

ولو قال لجاريته « إذا خدمت ابني حتى يستغني فأنت حرة » ، يعتق ، حتى تخدمه إلى أن يكبر ، ويستغني عن الرضاع . على الصحيح من المذهب

قدمه في الفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

وقال ابن أبي موسى : لا يعتق ، حتى يستغني عن الرضاع ، وعن أن يلقم الطعام ، وعن التنحي من الغائط

نقل مهنا : لا يعتق حتى يستغني . قلت : حتى يحتلم ؟ قال : لا ، دون الاحتلام

قوله ﴿ وإن قال : إن ملكت فلانا ، فهو حر ، أو كل مملوك أملكه فهو حر ، فهل يصح ؟ على روايتين ﴾

وأطلقهما في المستوعب ، والحاوي الصغير ، والهداية ، والمذهب

إحداهما : يصح . وهو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب

قال الزركشي : هذا المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله ، المختار لعامة الأصحاب حتى إن بعضهم لا يثبت ما يخالفه

قال في القواعد : هذا المشهور من المذهب

قال القاضي ، وغيره : اختاره أصحابنا . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله

قال في الرعايتين ، والفائق : صح في أصح الروايتين

قال أبو بكر في الشافي : لا يختلف قول أبي عبد الله فيه ، إلا ما روى محمد بن الحسن بن هارون في العتق : أنه لا يعتق . وما أراه إلا غلط

وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الخلاصة ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم

والرواية الثانية : لا يصح

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب . وصححه في التصحيح ، والمغني ، والشرح ، والنظم ، وغيرهم

وتقدم ٥ إذا عتق عتق عنده على بيعه ٥ في أواخر باب الشروط في البيع

فائدة : لو باع أمة بعبد ، على أن له الخيار ثلاثا ، ثم قال في مدة الخيار : هما حران . قال في الحاوي الصغير : لا أعرف فيه نصاً عن الإمام أحمد رحمه الله . وقياس مذهب عندي : أنه يعتق العبد خاصة . لأن عتقه للأمة يترتب على صحة البيع ، وعتقه للعبد لا يترتب على واسطة . فيكون العتق إلى العبد أسبق . فيجب أن يعتق ، ولا يعتق الأمة . انتهى

قلت : يتعين أن يبنى ذلك على انتقال الملك في مدة الخيار وعدمه

فإن قلنا ينتقل . عتق العبد . وإن قلنا لا ينتقل : عتقت الأمة

قوله ﴿ وإن قَالَهُ السَّيِّدُ لم يَصِحَّ ، في أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ ﴾

يعني : إذا قال السيد ٥ إن ملكت فلانا فهو حر ٥ أو ٥ كل مملوك أملكه فهو حر ٥ ثم عتق وملك ، على القول بصحته من الحر .

وهذا المذهب . جزم به في الوجيز . وصححه في الشرح ، وشرح ابن منجا ، والخلاصة ، والنظم

والوجه الثاني : يصح . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق .

قال في الهداية : فإذا قال لعبد ذلك ، ثم عتق ، وملك مماليكا ، فعلى الرواية التي تقول : يعتق الصغير للحر ، هل يعتق له هذه الصغيرة ؟ على وجهين

فائدة : لو قال « أول عبد أملكه فهو حر » وقلنا بصحة تعليق العتق على الملك ، فلم يملك إلا واحدا فقط : فقد عتق عليه على الصحيح من المذهب . قطع به في المغني والشرح . ذكراه في تعليل ما إذا ملك اثنين معاً

وقيل : لا يعتق . وأطلقهما في الفروع . ويأتي قريباً إذا ملك اثنين معاً

قوله (وإن قال آخرُ مملوكٍ أشتريه فهو حرٌّ . وقلنا بصحة الصفة . فملكَ عبيداً ثم ماتَ ، فآخرُهم حرٌّ من حين الشراء ، وكسبُه له) .

وقد علمت أن الصحيح من المذهب : صحة الصفة عند قوله « وإن قال : إن ملكت فلانا فهو حر ، أو كل مملوك أملكه فهو حر » .

فائدتان

إحداهما : لو قال « آخر مملوك أشتريه فهو حر » فملك أمة ، ثم ملك أخرى : لم يحرم وطء الثانية لاحتمال أن لا يشتري غيرها ، فتكون حرة من حين اشتراها . ذكره الأصحاب .

الثانية : لو كان آخر من اشترى مملوكين معاً ، أو علق العتق على أول مملوك يملكهما معاً ، أو قال لأمته « أول ولد تلدينه فهو حر » فولدت ولدين حرجا معاً .

فقيل : يعتق أقدمه في المغني ، والشرح ، وقالا : هذا قياس قول الإمام أحمد رحمه الله

وقيل : لا يعتق

وقيل : يعتق واحد بالقرعة . وهو الصحيح من المذهب صححه في النظم ، وغيره . وقدمه في المغني ، والشرح . ذكره فيما إذا علق العتق على أول مملوك يملكه . فملك اثنين معاً

وقدمه ابن رزين أيضاً في شرحه، وقال: نص عليه.

قلت: ونقله مهنا في «أول غلام تطلع، أو امرأة تطلع: فهو حر، أو طالق»

وذكر المصنف لفظ الرواية «أول من تطلع من عبيدي»

وأطلقهن في الفروع، وفي مختصر ابن رزين في الطلاق.

ولو علقه بأول من يقوم، فقمن معاً، طلقن، وفي منفردة به، وجه

قال في الفروع: كذا قال.

قوله ﴿وَإِنْ قَالَ لِأَمَتِهِ: آخِرُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ فَهُوَ حُرٌّ، فَوَلَدَتْ حَيًّا، ثُمَّ مَيِّتًا: لَمْ يَعْتِقِ الْأَوَّلُ﴾

هذا المذهب، جزم به في الوجيز، وشرح ابن منجا، وقدمه في الشرح

وقيل: يعتق، وهو قياس قول القاضي، والشريف أبي جعفر، وقدمه في الفائق، وأطلقهما في المحرر، والرعايتين، والنظم، والفروع

فائدة: وكذا الحكم والخلاف، لو قال لأمته «أول ولد تلدينه فهو حر» أو قال «إذا ولدت ولداً فهو حر» فولدت ميتاً، ثم حياً، بل جعلوا هذه أصلاً لتلك.

وصحح في المغني، والشرح، عدم العتق، وجزم به في المذهب، وغيره، وهو المذهب

وقال القاضي، والشريف أبو جعفر: يعتق الحي منهما، وقدمه في الفائق، وشرح ابن رزين، واقتصر عليه في المستوعب

قوله ﴿وَإِنْ وَلَدَتْ تَوْأَمَيْنِ، فَأَشْكَلَ الْآخِرُ مِنْهُمَا: أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا﴾

هذا المذهب، جزم به في الوجيز، والشرح، وشرح ابن منجا، والنظم، والرعايتين، والحاوي، وقدمه في الفروع، وعليه العتقان

واختار في الترغيب أن معناهما أن أمر بقطع السيد منهما، هل هو القرعة،

أو الانكشاف ؟ وكذا الحكم إن عينه ثم نسيه . قاله في الرعاية وغيره .

فائدة : لو قال « أول غلام لي يطلع فهو حر » فطلع عبيده كلهم . أو قال لزوجاته « أيتكن طلع أولاً فهي طالق » فطلعن كلهن . فنص الإمام أحمد رحمه الله : أنه يميز واحداً من العبيد ، وامرأة من الزوجات بالقرعة ، في رواية منها .

واختلف الأصحاب في هذا النص .

فمنهم من حمله على أن طلوعهم كان مرتباً ، وأشكل السابق .

ومنهم من أقر النص على ظاهره ، وأنهم طلعوا دفعة واحدة . وقال : صفة الأولية شاملة لكل واحد منهم بانفراده . والمعتق إنما أراد عتق واحد منهم فيميز بالقرعة . وهي طريقة القاضي في خلافه .

ومنهم من قال : يعتق ويطلق الجميع . لأن الأولية صفة لكل واحد منهم ، ولفظه صالح للعموم . لأنه مفرد مضاف .

أو يقال : الأولية صفة للمجموع لا للأفراد . وهو الذي ذكره المصنف في المغني في الطلاق .

ومنهم من قال : لا يعتق ولا يطلق أحد منهم . لأن الأول لا يكون إلا فرداً لا تعدد فيه ، والفردية مشتبهة هنا . وهو الذي ذكره القاضي ، وابن عقيل في الطلاق والسامري ، وصاحب الكافي .

قال في القواعد : ويتخرج وجه آخر ، وهو أنه إن طلع عبدهم غيرهم من عبيده وزوجاته : طلقن وعتقن ، وإلا فلا . بناء على أن الأول هو السابق لغيره فلا يكون أولاً حتى يأتي بعده غيره ، فيتحقق له بذلك صفة الأولية . وهو وجه ما ذكره ابن عقيل وغيره . ذكره في آخر القواعد .

قوله ﴿ ولا يَتْبَعُ ولدُ المُعْتَقَة بالصِّفَة أُمَّهُ في العِتْق ، في أصح الوجهين إلا أنْ تكون حاملاً حال عِتْقها ، أو حال تَعْليق عِتْقها ﴾

إذا كانت حاملاً حال عتقها ، أو حال تعليق عتقها : فإنه يتبعها بلا خلاف أعلمه

وإن وجد حال حد التعليق ووصفه قبل وجود الصفة ـ وهي مسألة المصنف هنا ـ فصحيح عدم التتمة وهو المذهب صححه في النظم ، وشرح ابن منجا ، وقدمه في الشرح ، والفروع .

والوجه الثاني : تتمها جزم به في الوجيز . وأطلقهما في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والدقائق ، والقواعد الفقهية

فائدة : لا تتم الولد أمه إذا كان منفصلا حال التعليق بلا خلاف أعلمه

قوله ﴿ وإذا قال لعبده : أنت حر وعليك ألف ، أو علي ألف : عتق ولا شيء عليه ﴾

إذا قال لعبده « أنت حر وعليك ألف » عتق ، ولا شيء عليه على الصحيح من المذهب

قال المصنف والشارح : هكذا ذكره المتأخرون من أصحابنا

قال في الفروع : عتق ولا شيء عليه على الأصح

وجزم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمي ، وغيرهم

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والدقائق وصححه النظم

وعنه : لا يعتق إن لم يقبل . وأطلقهما في المحرر .

وإذا قال لعبده « أنت حر على ألف » فقدم المصنف هنا : أنه يعتق بلا قبول وهو إحدى الروايتين وعنه القاضي ، وأصحابه

وجزم به في الوجيز ، والمنور ، ونظم المفردات وهو منها

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والدقائق ، وغيرهم

وعنه : إن لم يقبل العبد لم يعتق وهذا المذهب .

قال المصنف هنا . وهو الصحيح وصححه في الشرح ، وشرح ابن منجا ،

وجزم به الأدمي في منتخبه وقدمه في الفروع . وأطلقهما في المحرر

وذكر في الواضح رواية : أن قوله « أنت حر على ألف » شرط لازم بلا قبول كبقية الشروط

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو قال له « أنت حر على أن تعطيني ألفاً » أو قال لأمته « أعتقتك على أن زوجيني نفسك » لكن إن أنت لزمها قيمة نفسها . على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع .

وقيل : تعتق مجانا يقوطها . واختار ابن عقيل : أنها لا تعتق إلا بالأداء .

الثانية لو قال له « أنت حر بمائة » أو « متى ملكت نفسك بمائة » فقبل عتق ولزمته المائة ، وإلا فلا جزم به في الرعايتين ، والفروع ، وغيرهم .

وإن لم يقبل لم يعتق عند الأصحاب . وقطعوا به

وخرج الشيخ تقي الدين رحمه الله وجها : أنه يعتق بغير شيء ، كما لو قال لها « أنت طالق بألف » على ما يأتي في كلام المصنف في أواخر الخلع . لأن الطلاق والعتاق فيهما حق لله تعالى وليس العوض ركنا فيهما إذا لم يعلقهما عليه

وعلى المذهب — واختار الأصحاب — الفرق بينهما : أن خروج البضع في النكاح[1] غير متقوم ، على الصحيح من المذهب على ما يأتي في باب الرضاع . بخلاف العبد فإنه مال محض . قاله في القاعدة الرابعة والخمسين بعد المائة

قوله ﴿ وإنْ قالَ : أنْتَ حُرٌّ على أنْ تخدُمَنِي سنَةً : فكذلكَ ﴾

يعني : كقوله « أنت حر على ألف »

فعلى إحدى الروايتين يعتق بخدمة . وعلى الرواية الأخرى . لا يعتق حتى تقبل

وقد علمت الصحيح من المذهب في الروايتين . وهذا إحدى الطرق في المسألة

(١) في نسخة الأحمدية « في غير النكاح »

وقدم هذه الطريقة في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم

وقيل : يعتق هنا بلا قبول ، ولزمه الخدمة

وقدمه في المحرر ، وابن عبدوس ، والفائق . واختاره ابن عبدوس في تذكرته

قال في المحرر : هذا ظاهر كلامه .

وجزم به في القواعد ، وقال : نص عليه وجزم به صاحب الوجيز .

وهي الطريقة الثانية ، وأطلقهما في الفروع بقيل وقيل

وقال في المستوعب ، والحاوي الصغير : إن لم يقبل فعلى روايتين

إحداهما : يعتق ولا يلزمه شيء .

والثانية : لا يعتق

وقدما في [illegible] على أنه يعتق مجانًا [illegible] الطريقتين

وقيل : إن لم يقبل لم يعتق ، رواية واحدة ، وهي الطريقة الثالثة

وعلى كلامه في المستوعب ، والحاوي [illegible] يكون [illegible]

وتقدم ذلك في أوائل الباب

فوائد

الأولى : مثل ذلك في الحكم [illegible] مدة معلومة

الثانية : لو مات السيد في أثناء السنة : رجع الورثة على العبد بقيمة ما بقي من الخدمة ، قاله المصنف ، والسامري ، وابن حمدان ، وغيرهم

الثالثة : يجوز للسيد بيع هذه الخدمة . نص عليه

نقل حرب : لا بأس ببيعها من العبد أم ممن شاء .

وعنه : لا يجوز . نص عليه ، وهو الصواب

ذكر هاتين الروايتين ابن أبي موسى ، وأطلقهما في المستوعب ، والفروع ، والحاوي الصغير ، والقواعد الفقهية

الرابعة : قال في الفروع : لم يذكر الأصحاب ما لو استثنى السيد خدمته مدة حياته ، وذكروا صحة ذلك في الوقف . قال : وهذا مثله .

يؤيده : أن بعضهم احتج بما رواه الإمام أحمد ، وأبو داود « أن أم سلمة رضي الله عنها أعتقت سفينة ، وشرطت عليه خدمة النبي صلى الله عليه وسلم ما عاش » .

قال : وهذا بخلاف شرط البائع خدمة المبيع مدة حياته ، لأنه عقد معاوضة ، يختلف الثمن لأجله . انتهى .

قلت : صرح بذلك — أعني بجواز ذلك — في القواعد ، في القاعدة الثانية والثلاثين . وتقدم ذلك في أول الباب .

الخامسة : لو باعه نفسه بمال في يده : صح ، على الصحيح من المذهب .

قال في الرعايتين ، والفائق : صح على أصح الروايتين .

قال في المغني ، والشرح — في الولاء — : وإن اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال ، عتق ، والولاء لسيده ، لأنه بيع ماله بماله ، فهو مثل المكاتب سواء ، والسيد هو المعتق لهما ، فكان الولاء له عليهما . انتهى .

وعنه : لا يصح ، وأطلقهما في الفروع .

قال في الترغيب : مأخذهما : هل هو عقد معاوضة ، أو تعليق محض ؟ وأتى في الكتابة : هل تصح الكتابة حالة ؟

السادسة : لو قال « إن أعطيتني ألفاً ، فأنت حر » فهو تعليق محض ، لا يمض ما دام ملكه ، ولا يعتق بالإبراء منها ، بل يدفعها ، نص عليه ، وما فضل عنها فهو لسيده ، ولا يكفيه أن يعطيه من ملكه ، إذ لا ملك له على أصح الروايتين ، فهو كقوله لامرأته « إن أعطيتني مائة فأنت طالق » فأتت بمائة مغصوبة ، ففي وقوعه احتمالان . قاله في الترغيب .

قال في الفروع : والعتق مثله ، وأن هذا الخلاف يجري في الفاسدة إذا صرح بالتعليق .

وقيل حصل فى الأولى . إن قاله الصغير لم يحر ، لأنه لا يقدر عليه .

السابعة : لو قال « جعلت عتقك إليك » أو « خيرتك » ونوى تفويضه إليه ، فأعتق نفسه فى المجلس : عتق ويتوجه كطلاق . قاله فى الفروع .

ولو قال « اشترى من سيدى هذا المملوك ، وأعتقه » فعمل : عتق . ولزم مشتريه المسمى وكذا إن اشتراه بعينه ، إن لم تتضمن النقود ، وإلا بطلا .

وعنه : أجير عنه

وذكر الأزجى : إن صرح الوكيل بالإضافة إلى العبد ، وقع عنه ، وعتق ، وإن لم يصرح : احتمل ذلك ، واحتمل أن يقع عن الوكالة لأنه لو وقع عتق والسيد لم يرض ، عتق

قوله ﴿ وإن قال : كُلُّ مَمْلُوكٍ لى حُرٌّ . عتق عليه مُدَبَّرُوهُ ومُكَاتَبُوهُ ، وأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ ﴾

وكذا عبد عبده التاجر بلا نزاع فى ذلك

وعتق عليه ﴿ شِقْصُ مَمْلُوكِهِ ﴾ مطلقاً على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب

وقيل : لا يعتق الشقص بدون نية ذكره ابن أبى موسى ونقله مهنا كما لو كان له شقص فقط وقال ذلك ذكره ابن عقيل .

فائدة : لو قال « عبدى حر » أو « أمتى حرة » أو « وحق طالق » ونحو ذلك ونوى معينا : عتق الكل ، وطلق كل نسائه على الصحيح من المذهب جزم به عليه وعليه جماهير الأصحاب وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والقواعد الأصولية ، وغيرهم

وهو من مفردات المذهب .

وهذا مبنى على أن المفرد المضاف يعم والصحيح من المذهب : أنه يعم .

وقيل : يعتق واحد بالقرعة

وقيل : يعتق واحد ، ويطلق واحدة ، ويخرج بالقرعة ، اختاره المصنف في المغني . قال في الفائق : وهو المختار

ويأتي التنبيه على ذلك أيضاً في أول « باب صريح الطلاق وكنايته »

تنبيه : قال في الفروع — عن هذه المسألة — والمراد إن كان « عبد » مفرداً لذكر وأنثى فإن كان لذكر فقط لم يشمل أنثى ، إلا إن اجتمعا تغليباً

قال الإمام أحمد رحمه الله — فيمن قال لخدم له رجال ونساء — « أنتم أحرار » وكانت معهم أم ولده ، ولم يعلم بها — : إنها تعتق .

قال أبو محمد الجوزي — بعد المسألة — وكذا إن قال « كل عبد أملكه في المستقبل » .

فائدة : قوله (وإنْ قَالَ أَحَدُ عَبْدَيَّ حُرٌّ : أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا)

وكذا لو قال « أحد عبيدي حر » أو « بعضهم حر » ولم ينوه ، يقرع بينهم ، وهو من مفردات المذهب .

وخرج في القواعد وجهاً : أنه يعتق بتعيينه ، من الرواية التي في الطلاق

وكذا لو أدى أحد مكاتبيه وجهل ، أقرع هو أو وارثه في الجميع .

ولو قال لأمتيه « إحداكما حرة » حرم وطؤهما معاً بدون قرعة ، على الصحيح من المذهب

وفيه وجه : تتميز المعتقة بتعيينه ، فإن وطئ واحدة لم تعتق الأخرى ، كما لو عينها ثم أنسيها

قال في الرعاية الكبرى ، قلت : ويحتمل أن تعتق .

قال : فلو قال لإمائه الأربع « إن وطئت واحدة منكن فواحدة منكن حرة » ثم وطئ ثلاثا : أقرع بين الأولة والرابعة ، فإن وطئها عتقت الأولة ، وإن كان وطئها ثانيا قبل وطء الرابعة : عتقت الرابعة فقط ، ويحد ، إن علم قبله بعتقها .

وتأتي في باب الشك في الطلاق «إذا قال: إن كان هذا الطائر غرابا فعبدي حر، وقال آخر: إن لم يكن غرابا فعبدي حر».

وكثير من الأصحاب يذكر هذه المسألة هنا.

قوله ﴿ وإن أعتق عبدًا، ثم أنسيه، أخرج بالقرعة ﴾

إما المعتق أو وارثه، وهذا بلا نزاع، وهو من مفردات المذهب.

وخرج في القواعد وجها: أنه لا قرعة هنا، من الطلاق.

قال: وأشار إليه بعض الأصحاب، ذكره في آخر القواعد.

﴿ فإن علم بعدها أن المعتق غيره أعتق، وهل يبطل عتق الأول؟ على وجهين ﴾

وأطلقهما في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، والشرح، والفائق.

أحدهما: يبطل عتقه، وهو الصحيح من المذهب، كما لو كانت القرعة بحكم حاكم، فإنها لو كانت بحكم حاكم لم يبطل عتقه، على الصحيح من المذهب.

وصححه في التصحيح، والمذهب، وجزم به في الوجيز، وقدمه في الفروع.

الوجه الثاني: لا يبطل، كما لو كانت القرعة بحكم حاكم، فإنها لو كانت بحكم حاكم لم يبطل عتقه، قولا واحدا.

وهذا الوجه مقتضى قول ابن حامد.

قوله ﴿ وإن أعتق جزءًا من عبده في مرضه، أو دبره ـ وثلثه يحتمل جميعه ـ عتق جميعه ﴾

وهذا المذهب، جزم به في الوجيز، وقدمه في المحرر، والفروع، والفائق.

وقال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب.

وعنه: لا يعتق إلا ما أعتق أو دبر لا غير.

وعنه: يعتق جميعه في المنجز دون التدبير.

وأطلق في الشرح الروايتين في تكميل العتق بالتدبير، إذا كان يخرج من الثلث. وقدم عتق الجميع فيما إذا نجز البعض.

فائدة: لو مات العبد قبل سيده، عتق منه بقدر ثلثه، على الصحيح من المذهب.

وقيل: يعتق كله، لأن إذا الورثة هنا لا فائدة لهم فيه.

قوله ﴿ وإنْ أعْتَقَ شِرْكًا لهُ في عبْدٍ، أوْ دَبَّرَهُ - وثُلُثُهُ يحْتَمِلُ باقِيَهُ - أعْطى الشَّرِيكَ ﴾.

يعني: قيمة حصته، وكان جميعه حرًّا في إحدى الروايتين.

وأطلقهما في الشرح، وشرح ابن منجا، والحاقي، والزركشي.

إحداهما: يعتق جميعه، وهو المذهب، صححه في التصحيح.

وأجازه أبو الخطاب في خلافه، وقدمه في المحرر، والفروع.

والأخرى: ﴿ لا يعتق إلا ما ملك منه ﴾.

وهو ظاهر كلامه في الوجيز، واختاره الشيرازي، والشريف.

وقال القاضي: ما أعتقه في مرض موته سرى، وما دبره، أو وصى بعتقه: لم يسر.

فالرواية في سراية العتق في حال الحياة أصح، والرواية في وقوفه في التدبير أصح، وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله، أعني التفرقة.

قوله ﴿ وإنْ أعْتَقَ في مَرَضِهِ سِتَّةَ أعْبُدٍ، قِيمَتُهُمْ سَواءٌ، وثُلُثُهُ يحْتَمِلُهُمْ - ثُمَّ ظَهَرَ عليه دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُهُمْ: بِيعُوا في دَيْنِهِ ﴾.

هذا المذهب جزم به في الوجيز، والرعاية الكبرى، في باب تبرعات

المريض وقدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصره . وقدمه فى شرح ابن منجا
(ويحتمل أن تعتق ثلثهم)

وهو رواية ذكرها أبو الخطاب

فإن الغرم وارثه فقضاء الدين - فى نقود عتقهم وجهان

وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، والزركشى ، والمغنى ، والشرح .
وقالا ، وقيل : أصل الوجهين إذا تصرف الورثة فى التركة ببيع أو غيره ، وعلى
الميت دين ، فقضى الدين ، هل تعتد فيه وجهان

قلت . الصواب نفوذ عتقهم

فائدتان

إحداهما : لو ظهر عليه دين مستغرق بعضهم حتمل بطلان عتق الكل .
واحتمل أن يعتق بقدر الدين

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى

الثانية قوله (وإن أعتقهم ، فأعتقنا ثلثهم ثم ظهر له مال يخرجون
من ثلثيه ، عتق من أرق منهم)

بلا نزاع وكان كسبهم لهم من حين عتقوا

وقدم ابن رزين أنه لا يعتد عتقهم وحكمه فى الكافى احتمالين .

قوله (وإن أعتق واحدا من ثلاثة أعبد فمات أحدهم فى حياته
أقرع بينه وبين الحيين . فإن وقعت على الميت رق الآخران ، وإن
وقعت على أحد الحيين ، عتق ، إذا خرج من الثلث) .

هذا الصحيح من المذهب قدمه فى الهداية ، والمذهب الصغير ، والوجيز
وقيل : يقرع بين الحيين ، دون الميت .

قوله ﴿ وإن أعتق الثلاثة في مرضه فمات أحدهم في حياة السيد : فكذلك في قول أبي بكر ﴾

وحكاه عن الإمام أحمد رحمه الله . يعني يقرع بينه وبين الحيين - وهو المذهب قدمه في المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والمنتخب

قال المصنف هنا ﴿ والأولى : أن يقرع بين الحيين ، ويسقط حكم الميت ﴾

وحرم به في الوجيز ، كتفه أحد عنه غير مصنف ، فمات أحدهم . فإنه يقرع بين العتق في الثاني . ذكره القاضي وغيره

وقيل : يقرع بين الحيين في هذه المسألة دون التي قبلها . ذكره في الرعاية الكبرى

ذكر هذه المسائل في الفروع ، في آخر « باب تبرعات المريض »

وذكرها في الرعايتين ، والمنتخب ، والحاوي ، في أول « باب تبرعات المريض »

فائدة : وكذا الحكم إن أوصى بعتقهم فمات أحدهم بعده .

وقيل : إن أعتقهم ، أو دبرهم ، أو أوصى بعتقهم ، أو دبر بعضهم وأوصى بعتق الباقين ، فمات أحدهم ، أقرع بينهم فإن خرجت القرعة الميت حسبناه من التركة ، وقومناه حين العتق وإن خرجت حي

فإن كان الموت في حياة السيد ، أو بعدها قبل قبض الورثة لم يحسب من التركة غير الحيين فيكمل بمن قرع ، أو يقوم به يوم العتق

وقيل : يحسب الميت من التركة ، ويقرع من قرع إن خرج حياً من الثلث وإلا عتق منه بقدره

وإن كان الموت بعد قبض الورثة : حسب من التركة

وبدون الموت : يعتق بعضهم بالقرعة ، إن لم يخرج لورثته ما يدعيه ذكر ذلك في الرعاية الكبرى

باب التدبير

قوله ﴿ وهُو تعليقُ العِتْقِ بالموْتِ ﴾

هكذا قال الأصحاب، زاد في المذهب: أو بشرط يوجد بعد الموت.

قوله ﴿ ويُعْتَبَرُ من الثُّلُث ﴾

هذا المذهب مطلقاً، وعليه الأصحاب. ونقل حنبل: يعتق من كل المال.

قال في الكافي: ولا عمل عليه.

قال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه.

قال في الفوائد: وهو محتج على أنه عتق لازم، كالاستيلاد.

وعنه: يعتق من كل المال إذا دبره في الصحة دون المرض.

فائدة: يصح تعليقه بالموت مطلقاً، نحو «إن مت فأنت حر» ومقيداً، نحو «إن مت من مرضي هذا، أو عامي، أو بهذا البلد فأنت حر».

وإن قالا بعدهما «إن مت فأنت حر» فهو تعليق للحرية بموتهما جميعاً. ذكره القاضي، وجماعة، واقتصر عليه في الفروع. ولا يعتق بموت أحدهما شيء منه ولا يبيع ورثته حقه.

قدمه في الفروع، وقاله الإمام أحمد رحمه الله.

وأجاز المصنف وغيره: إن مات أحدهما فنصيبه حر.

قلت: وهذا المذهب.

قال في الفروع: فإذا أراد أنه حر بعد آخرهما موتاً، فإن جاز تعليق الحرية على صفة «بعد الموت» عتق بعد موت الآخر منهما عليهما، وإلا عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير.

وفي سرايته — إن احتمله ثلثه — روايتان.

قوله ﴿ ويصحُّ مِنْ كلِّ مَنْ تصحُّ وصيَّتُهُ ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم

وقال الخرقي : يصح تدبير الطفل إذا جاوز العشر ، والجارية : إذا جاوزت التسع

تنبيه : قوله ﴿ وصريحُهُ : لفظُ العِتقِ والحُرِّيَّةِ المعلَّقين بالموتِ . ولفظُ التدبيرِ ، وما تصرَّفَ منها ﴾ .

مراده : غير لفظ الأمر والمصرح

كما تقدم التنبيه عليه في أول كتاب العتق فليراجع .

فائدة : كنايات العتق المنجز : تكون للتدبير إذا أضيف إليه ذكر الموت ، قاله الأصحاب .

فائدة : قوله ﴿ ويصحُّ مُطْلَقًا ومُقَيَّدًا ، بأنْ يقولَ : إنْ متُّ في مَرَضِي هذا ، أو عامي هذا فأنت حُرٌّ ، أو مُدَبَّرٌ ﴾ .

وكذا لو قال له : إذا قدم زيد ، أو جاء رأس الشهر ، فأنت مدبر ، بلا نزاع ويصح مؤقتًا ، نحو : أنت مدبر اليوم ، نص عليه .

قوله ﴿ وإنْ قال : متى شئتَ فأنت مُدبَّرٌ فمتى شاء في حياة السَّيِّدِ صار مُدبَّرًا ﴾ بلا نزاع

أعني إذا قلنا : يصح تعليق العتق على صفة ، على ما تقدم في كتاب العتق

قوله ﴿ وإنْ قال : إنْ شئتَ فأنت مُدبَّرٌ فقياسُ المذهبِ : أنه كذلك ﴾

يعني : كمتى شئت ، وأنه لا يتقيد بمجلس ، وهو مذهب صححه في المحرر ، والنظم ، والفائق ، وجزم به في الوجيز . وقدمه في المغني ، والفروع

وقال أبو الخطاب : إن شاء في المجلس صار مدبرًا ، وإلا فلا . وقاله القاضي أيضًا ، وعليه أكثر الأصحاب

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمذهب ، والهادى ، وإدراك الغاية ، واختاره ابن عبدوس فى تذكرته

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وتجريد العناية

فائدة : لو قال « إذا شئت فأنت مدبر » فهو كقوله « متى شئت فأنت مدبر » على الصحيح من المذهب فلا تقيد بالمجلس .

وجزم به فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والشرح

وقال القاضى يختص بالمجلس وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته

فائدة أخرى : لو قال « متى شئت بعد موتى فأنت حر » أو « أى وقت شئت بعد موتى فأنت حر » فهو تعليق للعتق على صفة بعد الموت والصحيح من المذهب أنه لا يصح وقد تقدم ذلك فى كتاب العتق

وقال القاضى : يصح .

على قوله : يكون ذلك على التراخى بعد موته ، وما كسب فهو لورثة سيده

قوله (وإن قال . قد رجعت فى تدبيرى ، أو أبطلته : لم يبطل لأنه تعليق للعتق بصفة)

هذا المذهب بلا ريب قال الزركشى هذا المذهب عند الأصحاب

واختاره القاضى ، وقال فى كتاب الروايتين : هذه الرواية أجود الروايتين

وصححه ابن عقيل فى التذكرة وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم

قال فى الخلاصة : لم يبطل على الأصح وصححه المصنف ، والشارح ، وغيرهما

وعنه : يبطل كالوصية . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والفائق .

وعنه : لا يبطل إلا بقضاء دينه

وفى التبصرة رواية : لايبطل فى الأمة فقط

فعلى الرواية الثانية : لايصح رجوعه فى حمل لم يوجد . وإن رجع فى حامل ، ففى حملها وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والرعايتين ، والقواعد الفقهية ، والزركشى

قلت : الصواب أنه لا يكون رجوعاً فيه

تنبيهان

أحدهما : قال فى الترغيب وغيره : محل الروايتين إذا لم يأت بصريح التعليق أو بصريح الوصية . واقتصر عليه فى الفروع

الثانى : قوله « لأنه تعليق للعتق على صفة »

تقدم فى « كتاب العتق » أنه يصح تعليق العتق على صفة فى كلام المصنف .

فائدة : اعلم أن التدبير هل هو تعليق للعتق على صفة ، أو هو وصية ؟ فيه روايتان . الصحيح منهما ـ وهو المذهب ـ وعليه أكثر الأصحاب ـ أنه تعليق للعتق على صفة .

تنبيه : ينبنى على هذا الخلاف مسائل جمة .

منها : لو قتل المدبر سيده : هل يعتق ، أم لا ؟ على ما يأتى آخر الباب فى كلام المصنف

ومنها : بيعه وهبته : هل يجوز أم لا ؟ على ما يأتى قريباً فى كلام المصنف أيضاً

ومنها : هل اعتباره من الثلث ، أم من كل المال ؟ على ما تقدم فى أول الباب .

ومنها : إبطال التدبير والرجوع عنه بالقول ، وهى مسألة المصنف المتقدمة .

قال ابن رجب : بناهما الخرقى والأصحاب على هذا الأصل

فإن قيل هو وصية جاز الرجوع عنه ، وإن قلنا هو عتق بصفة ، فلا

قال : وللقاضى ، وأبى الخطاب ـ فى تعليقهما ـ طريقة أخرى : أن الروايتين هنا مبنيتان على قولنا إنه وصية تنجز بالموت ، من غير قبول ، بخلاف بقية الوصايا

وهو منتقض بالوصية لجهات البر .

قال : ولأبي الخطاب - في الهداية - طريقة ثالثة ، وهي : بناء هاتين الروايتين على جواز الرجوع بالبيع . أما إن قلنا : يمتنع الرجوع بالفعل ، فبالقول أولى .

ومنها : لو باع المدبر ثم اشتراه : فهل يكون بيعه رجوعاً ، فلا يعود تدبيره ، أم لا يكون رجوعاً ، فيعود ؟ فيه روايتان أيضاً . بناهما القاضي والأكثرون على هذا الأصل .

فإن قلنا : التدبير وصية . بطلت بخروجه عن ملكه ، ولم يعد بعوده .

وإن قلنا : هو تعليق بصفة . عاد بعود الملك . بناء على أصلنا في عود الصفة بعود الملك في العتق والطلاق .

وطريقة الخرقي ، وطائفة من الأصحاب : أن التدبير يعود بعود الملك هنا ، رواية واحدة . بخلاف ما إذا أبطل تدبيره بالقول . وهو يتنزل على أحد أمرين .

إما أن الوصية لا تبطل بزوال الملك مطلقاً . بل تعود بعوده .

وإما أن هذا حكم الوصية بالعتق خاصة .

ويأتي أصل المسألة في كلام المصنف قريباً .

ومنها : لو قال « عبدي فلان حر بعد موتي بسنة » فهل يصح ويعتق بعد موته بسنة ، أم يبطل ؟ على روايتين .

وتقدم ذلك في كلام المصنف ، في « كتاب العتق » فليراجع .

ومنها : لو كاتب المدبر ، فهل يكون رجوعاً عن التدبير أم لا ؟ على ما يأتي في كلام المصنف قريباً .

ومنها : لو وصى بعبده ثم دبره . ففيه وجهان . أشهرهما : أنه رجوع عن الوصية . والثاني : ليس برجوع .

فعلى هذا ، فائدة الوصية به : أنه لو أبطل تدبيره بالقول ، لاستحقه المرضي له . ذكره في المغني .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يبنى على أن التدبير : هل هو عتق بصفة أو وصية ؟ فإن قلنا : هو عتق بصفة ، قدم على الموصى به ، وإن قلنا : هو وصية ، فقد ازدحمت وصيتان في هذا العبد ، فيبنى على أن الوصايا المزدحمة إذا كان بعضها عتقاً : هل تُقدم ، أم تتحاصّ العتق وغيره ؟ على روايتين

فإن قلنا بالمحاصة : فهو كما لو دبر بعضه ووصى ببعضه ، ويصح ذلك على المنصوص . انتهى .

قال في الفوائد ، وقد يقال : الموصى له ، إن قيل : لا يملك حتى يقبل ، فقد سبق زمن العتق زمن ملكه فينفذ

وإن قيل : يملك من حين الموت ، فقد تقارن زمن ملكه وزمن العتق فينبغي تقديم العتق . كما نص عليه الإمام أحمد رحمه الله في مسألة من علق عتق عبده ببيعه

ومنها : الوصية بالمدبر ، فالمذهب أنها لا تصح ، ذكره القاضي ، وأبو الخطاب في خلافيهما ، لأن التدبير الطارئ إذا لم يبطل الوصية - على المشهور - فكيف يصح طريان الوصية على التدبير ومزاحمتها له ؟

وبنى المصنف هذه المسألة أيضاً على الأصول السابقة

ومنها : ولد المدبرة ، هل يتبعها في التدبير أم لا ؟ على ما يأتي في كلام المصنف قريباً

قوله (وَلَه بَيْعُ الْمُدَبَّرِ وَهِبَتُهُ) .

هذا المذهب مطلقاً بلا ريب ، وعليه جماهير الأصحاب ، منهم : القاضي ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، والشيرازي ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

قال في الفائق : هذا المذهب

قال في الفوائد : والمذهب ، الخ

قال الزركشي : هذا المذهب عند الأصحاب . وصححه في النظم ، وغيره

وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في المحرر ، والفروع ، وتجريد العناية ، وغيرهم لأن التدبير إما وصية أو تعليق بصفة . وكلاهما لا يمنع نقل الملك قبل الصفة

وعنه : لا يجوز بيعه مطلقاً بناء على أنه عتق بصفة فيكون لازماً كالاستيلاد

وعنه : لا يباع إلا في الدين وهو ظاهر كلام الخرقي في العبد فقال : وله بيعه في الدين ولا تباع مدبرة في إحدى الروايتين ، وفي الأخرى : الأمة كالعبد انتهى

وعنه : لا تباع إلا في الدين أو الحاجة ذكرها القاضي في الجامع ، وكتاب الروايتين ، والمصنف في الكافي ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

قال في الفروع : اختاره الخرقي . وقد تقدم لفظه

وعنه : لا تباع الأمة خاصة

قال في الروضة : وله بيع العبد في الدين وفي بيعه الأمة فيه روايتان .

ومنها : لو جحد السيد التدبير ، فنص الإمام أحمد رحمه الله : أنه ليس برجوع قدمه ابن رجب

وقال الأصحاب : إن قلنا هو عتق بصفة ، لم يكن رجوعاً ، وإن قلنا هو وصية ، فوجهان بناء على ما إذا جحد الموصي الوصية ، هل هو رجوع ، أم لا ؟

قال في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، والفروع : وإن أنكره لم يكن رجوعاً ، إن قلنا تعليق وإلا فوجهان انتهى

قلت : الصحيح من المذهب أنه إذا جحد الوصية لا يكون رجوعاً ، على ما تقدم

وقال في الرعاية الكبرى ، قلت : إن جوزنا الرجوع وحلف : صح وإلا فلا

ويأتي آخر الباب « بما يحكم عليه ، إذا أنكر التدبير ؟ »

فائدة حكم وقف المدبر حكم بيعه . قاله فى الرعايتين ، والزركشى ، وغيرهم .
وكذا حكم هبته

قوله ﴿ وَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ عَادَ التَّدْبِيرُ ﴾ .

هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وصححه فى الفائق ، وغيره

وعنه يحصل التدبير . وهما مبنيان على أن التدبير هل هو عتق بصفة ، أو وصية ؟ على ماتقدم

وتقدم ذلك أيضاً فى الفوائد بأتم من ذلك ، فليراجع

والصحيح عند المصنف ، وغيره رجوعه إلى التدبير مطلقا .

قوله ﴿ وما ولدت المُدبَّرَةُ ، بعد تدْبيرها : فهُو بمنْزلتها ﴾ .

وهو مذهب وعليه أكثر الأصحاب وقطع به الخرقي ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والزركشى ، وغيرهم

قال فى الفوائد مشهور أنه يسعى فى التدبير ، كما لو ولدته بعده سواء كان موجوداً حال التعليق أو العتق ، أو حدث بعده

وعنه . فى الحمل بعد التدبير : أنه كحمل معلقة صفة ، على ماتقدم فى آخر الباب الذى قبله

وعنه . لا يسعى لأنى إلا بشرط السيد فمن عليه فى رواية حنبل ، بخلاف الذكر قاله فى الفائق

واختار فى الانتصار أنه لا يتبع قاله فى الفروع

قال فى الفوائد وحكى القاضى فى كتاب الروايتين ، فى تبعية الولد روايتين . وبناهما على أن التدبير هل هو عتق لازم كالاستيلاد ، أم لا ؟

ومن هنا قال أبو الخطاب في انتصاره: تبعية الولد مبني على لزوم التدبير.

وخرج أبو الخطاب وجهاً: أنه لا يتبعها الحادث بينهما، وإنما يتبعها إذا كان موجوداً معها في أحدهما من حكم ولد المعلق عتقها بصفة، بناء على أن التدبير تعليق بصفة.

وينبغي على هذا أن يخرج طريقة أخرى: أنه لا يتبعها الولد الحادث بينهما بغير خلاف.

وأما ما كان موجوداً في أحد الحالين فهل يتبعها؟ على وجهين، بناء على أن التدبير وصية، وحكم ولد الموصى به كذلك، عند الأصحاب. انتهى كلامه في الفوائد.

وقال في القاعدة الثانية والثمانين — على القول بأنه يتبعها — قال الأكثرون: ويكون مدبراً بنفسه، لا بطريق التبع بخلاف ولد المكاتبة.

وقد نص في رواية ابن منصور على أن الأم لو عتقت في حياة السيد لم يعتق الولد حتى تموت.

وعلى هذا لو رجع في تدبير الأم — وقلنا له ذلك — بقي الولد مدبراً، هذا قول القاضي، وابن عقيل.

وقال أبو بكر في التنبيه: هل هو تبع محض لها، إن عتقت عتق، وإن رقت رق؟ وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى. انتهى.

وقال في الانتصار: هل يبطل عتق المدبر وأم الولد بموتهما قبل السيد، أم لا؟ لأنه لا مال لهما. اختلف كلامه، وأبطله الحكم في ولدهما.

قوله (ولا يتبعها ولدها قبل التدبير) هذا المذهب

قال الزركشي: هذا المذهب بلا ريب، وكذا قال غيره، وعليه الأصحاب.

وعنه يتبعها، حكاها أبو الخطاب، وابن عقيل في الفصول من رواية حنبل، وتأولها المصنف، وقال: هذه الرواية بعيدة.

فائدتان

إحداهما: لو ولدت الموصى بوقفها، أو عتقها، قبل موت الموصي، لم يتبعها

ذكره القاضي في الموصى بعتقها، وقياسه الأخرى.

ويحتمل أن يتبع في وصية بالوقف، بناء على أن فيه ثبوت التحرير، دون التمليك. قاله في القواعد.

الثانية: ولد المدبر من أمة المدبر نفسه، كالمدبر، نص عليه، قدمه في الفروع.

قال المصنف، والشارح: فإن تسرى المدبر بإذن سيده، فولد له، فروي عن الإمام أحمد رحمه الله أنهم يتبعونه في التدبير، واقتصر عليه.

وذكر جماعة: أنه لا يتبعه. قاله في الفروع.

قال في الرعايتين: ولا يكون ولد المدبر من أمته مثله في الأصح، بل يتبع أمه.

وقال في الفروع أيضاً: وولده من غير أمه كالأم، فجاء أنه كالأم.

وقال في الفائق: وولد المدبر تابع أمه لا أباه في أصح الوجهين.

قال في الحاوي الصغير: ولا يكون ولد المدبر مثله في أصح الوجهين.

قال الزركشي، والخرقي رحمهما الله: إنما حكم على ولد المدبرة.

أما ولد المدبر فلا يتبع أباه مطلقاً على المذهب.

وعنه: يتبعه. وظاهر كلامه في المغني: جاء بها في ولده من أمته، أذون له في التسري بها، ويكون مدبراً. انتهى.

تنبيه: ظاهر قوله ﴿ولهُ إصابةُ مُدبِّرته﴾

أنه سواء شرطه أو لا، وهو صحيح، نص عليه، ولا أعلم فيه خلافاً.

ويجوز له وطء بينها، إن لم يكن وطئ أمها، على الصحيح من المذهب.

قال في الفائق: في أصح الروايتين، وقدمه في المغني، والشرح. وعنه لا يجوز.

قوله ﴿وإذا كاتب المُدبَّر، أو دبَّر المُكاتب جاز﴾

بلا نزاع . لكن لو كاتب المدبر ، فهل يكون رجوعاً عن التدبير ؟ إن قلنا التدبير عتق بصفة ، لكن رجوعاً

وإن قلنا هو وصية : بنى على أن كتابة الموصى به ، هل يكون رجوعاً ؟ فيه وجهان أشهرهما أنه رجوع

والمشهور في المذهب : أن كتابة المدبر ليست رجوعاً عن تدبيره

ونقل ابن الحكم عن الإمام أحمد رحمه الله ما يدل على أنه رجوع بناء على أن التدبير وصية فتبطل بالكتابة .

قوله (فلو أدّى عتق وإن مات سيّدُهُ قبلَ الأداء عتق ، إنْ حمل الثُّلثُ ما بقي من كتابته)

وإلا عتق منه قدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق ، وهو على الكتابة فيما بقي

مقتضى قوله « إن حمل الثلث ما بقي من الكتابة » أن المعتبر في خروجه من الثلث هو ما بقي عليه من الكتابة

وهو مقتضى كلام الخرقي ، وكلامه في الكافي ، والشرح

ومقتضى كلامه في المغني ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم اعتبار قيمته مدبراً . وجزموا به . وصححه في الرعايتين

فائدة : لو عتق بالكتابة ، كان ما في يده له

ولو عتق بالتدبير ، مع العجز عن أداء مال الكتابة ، كان ما في يده للورثة

وإن مات السيد قبل العجز عن جميع الكتابة ، عتق بالتدبير وما في يده له عند المصنف ، والشارح ، وابن حمدان ، وغيرهم

وقيل : للورثة وحكاه المصنف عن الأصحاب وهو المذهب .

ويأتي نظير ذلك إذا أولد المكاتبة في « باب الكتابة » .

فائدة - لو أولد أمته أم كاتبها، أو كاتبها ثم أولدها جاز، لكن يعتق بموته مطلقاً.

ولو دبر أم ولده: لم يصح، إذ لا فائدة فيه. وهذا المذهب

واختار ابن حمدان الصحة إن جاز بيعها. وقلنا التدبير عتق بصفة

قوله ﴿ وإذا دبّر شِرْكاً لهُ في عبدٍ لم يسرِ إلى نصيبِ شريكه، وإنْ أعتق شريكُهُ سَرَى إلى المُدبَّر، وعنه وغرم قيمتَهُ لسيِّده ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب

وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الفروع، وغيره

ويحتمل أن يسري في الأول دون الثاني

فعلى هذا يصير مدبراً كله. ويضمن حصة شريكه بقيمتها

قوله ﴿ وإذا أسلم مُدبَّرُ الكافرِ، لم يُقرَّ في يدِه وتُرِكَ في يدِ عدلٍ، يُنفَقُ عليهِ من كسبه وما فضل فلسيِّدِه، وإنْ أعوز فعليه تمامُهُ، إلا أنْ يرجع في التدبير، ويقولُ بصحةِ رجوعه ﴾

اعلم أنه إذا أسلم مدبر الكافر، فجزم المصنف هنا أنه لا يلزم بإزالة ملكه إذا استدام تدبيره، لكن لا يقر في يده، ويترك في يد عدل. وهو أحد الوجهين. وهو احتمال في المغني، والشرح

وجزم به في الوجيز، والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والحاوي الصغير

وقدمه ابن منجا في شرحه وابن عبدوس

والوجه الثاني - أنه يلزم بإزالة ملكه عنه فإن أبى بيع عليه. وهو مذهب قدمه في المغني، والشرح، والفائق. وصححه في النظم.

وتقدم في آخر كتاب البيع « إذا أسلم عبد الكافر القن » وأحكامه

فائدة : لو أسلم مكاتب الكافر لزمه إزالة يده عنه ، فإن أبى : بيع عليه بلا خلاف

وإن أسلمت أم ولده لم تقر في يده ، وجعلت عند عدل ينفق عليها من كسبها

وإن أبوا لزم السيد تمامه على الصحيح من المذهب وإن أسلم حلت له وعنه لا يلزمه نفقتها .

وعنه يستسعى في قيمتها ثم تعتق

ونقل مهنا تعتق بإسلامها

وأتى هذه المسألة بعينها في كلام المصنف في أواخر باب أحكام أمهات الأولاد ، وكذا لو أسلمت مدبرته ، مستوفاة بحرها .

قوله (ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين وهل يحكم عليه بشاهد وامرأتين ، أو بشاهد ويمين العبد ؟ على روايتين) .

وأطلقهما الزركشي ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة

إحداهما : يحكم عليه بذلك وهو الصحيح من المذهب صححه المصنف ، والشارح ، وصاحب التصحيح ، والناظم

وجزم به الخرقي ، والوجيز ، وناظم المفردات ، وغيرهم

وهو من مفردات المذهب وكذا الحكم في الكتابة

والرواية الثانية : لا يحكم عليه إلا بشاهدين ذكرين

وأتى ذلك في أحكام الشهود به

وتقدم في الفوائد هل يكون إنكاره رجوعاً أم لا ؟ فإن قلنا إنه رجوع : لم يسمع دعواه ولا بينته .

قوله ﴿ وَإِذَا قَتَلَ الْمُدَبَّرُ سَيِّدَهُ . بَطَلَ تَدْبِيرُهُ ﴾ .

هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم منهم المصنف ، والشارح ، وصاحب المستوعب ، وغيرهم واختاره القاضي ، وغيره .

وقدمه في الرعاية الصغرى ، والفروع في باب الموصى له

وقيل : لا يبطل تدبيره ، فيعتق .

وهذا ما قدمه في الرعاية الكبرى في آخر أمهات الأولاد

وقال في فوائد القواعد : فيه طريقان

أحدهما . بناؤه على الروايتين ، إن قلنا هو عتق بصفة : عتق وإن قلنا وصية : لم يعتق وهي طريقة ابن عقيل ، وغيره

الطريقة الثانية . أنه لا يعتق على الروايتين وهي طريقة القاضي لأنه لم يعلقه على موته بقتله إياه

وقال في الفروع في باب الموصى له ـ ولو قتل الموصى الموصى ، ولو خطأ : بطلت ولا تبطل وصيته بعد جرحه

وقال جماعة : فيهما [illegible] ومثلهم التدبير فإن جعل عتقاً بصفة : فوجهان انتهى

باب الكتابة

قوله ﴿ وَهِيَ بَيْعُ الْعَبْدِ نَفْسَهُ بِمَالٍ فِي ذِمَّتِهِ ﴾

إذا غيره بعوض مباح معلوم مؤجل

وليست الكتابة مخالفة للأصل لأن محلها الذمة

قوله ﴿ وهي مُسْتَحَبَّةٌ ﴾

هذا المذهب مطلقاً بلا ريب وعليه جماهير الأصحاب

قال المصنف، والشارح: هذا ظاهر المذهب

وجزم به في الوجيز، وغيره، وقدمه في الكافي، والمغني، والشارح، والمحرر، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، والفروع

وعنه واجبة إذا تبعها من سيده أجبره عليها بقيمته اختاره أبو بكر في تفسيره

قال في القواعد الأصولية: وهو المنحة

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وعلى قياسه وجوب العتق في قوله «أعتق عبدك عنك وعليّ ثمنه» وقدم في الروضة أنها مباحة

فائدة: لا تصح كتابة المذهون على الصحيح من المذهب قطع به كثير من الأصحاب

وقال في الرعاية الكبرى، قلت: تجوز كعتقه وهو الصواب وتجوز كتابة المستأجر

قوله ﴿ لِمَنْ يَعْلَمُ فِيهِ خَيْرًا. وَهُوَ الْكَسْبُ وَالْأَمَانَةُ ﴾.

هذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب منهم المصنف، والمجد وصاحب الوجيز، والشرح، والنظم، والفروع، وغيرهم

قال في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، ومستوعب ، والخلاصة ، وإدراك الغاية ، وغيرهم : المكتسب الصدوق

وقال في الرعاية ، والحاوي الصغير ، والفائق ، ويستحب مع كسب العبد وأمانته وصدقه

وقال في الواضح ، والوجيز ، والتبصرة : وهي مستحبة مع كسب العبد فقط

وهو ظاهر كلام ابن عبدوس في تذكرته في كتاب العتق فأسقطوا الأمانة

قوله ﴿ وهل تُكْرَهُ كتابةُ من لا كسبَ له ؟ على روايتين ﴾

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافي ، والمحرر

إحداهما : تكره كتابته ، وهو المذهب

قال القاضي : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله الكراهة ، واختاره ابن عبدوس في تذكرته ، وصححه في الخلاصة ، والتصحيح ، والنظم

وجزم به في الوجيز ، وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع والفائق

والرواية الثانية : لا تكره ، فتستحب ، لكن قال في الكافي : لو ادعى من لا كسب له سيده إلى الكتابة لم يجبر ، رواية واحدة

قال المصنف : وينبغي أن ينظر في المكاتب ، فإن كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع ، لعجزه عن الإنفاق على نفسه ، ولا يجد من ينفق عليه ، كرهت كتابته وإن كان يجد من يكفيه مؤنته ، لم تكره كتابته

وعنه : تكره كتابة الأنثى

فائدة : تقدم في باب الحجر صحة كتابة الولي رقيق المولى عليه ، والكتابة في الصحة والمرض من رأس المال ، على الصحيح من المذهب

وقال أبو الخطاب ، ومن تبعه : في المرض من الثلث

ولو كاتبه في الصحة وأسقط دينه ، أو أعتقه في مرضه اعتبر خروج الأقل من رقبته أو دينه من الثلث

ولو وصى بعتقه ، أو أبرأه من الدين : اعتبر أقلهما من ثلثه ولو حمل الثلث بعضه عتق ، وباقيه على الكتابة ولو أقر في المرض بقبض النجوم سلفا : جاز .

قوله (وإنْ كاتَبَ المُمَيِّزُ عَبْدَهُ بإذْنِ وليِّهِ : صحَّ) .

صحة كتابة المميز عبده بإذن وليه مبنية على صحة بيعه بإذن وليه ، على ما تقدم في أول كتاب البيع والصحيح : صحة بيعه فكذا كتابته

وقوله (ويحْتَمِلُ أنْ لا يصِحَّ)

هذا الاحتمال لأبي الخطاب وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله وقدمه في الرعاية الصغرى وهو ظاهر ما جزم به في الرعاية الكبرى في هذا الباب وقيل يصح كتابته بغير إذن وليه وفي الموجز والتبصرة : يصح من ابن عشر

قوله (وَإنْ كاتَبَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ المُمَيِّزَ . صحَّ)

بلا نزاع وظاهر كلامه : أنه لا يصح أن يكاتب غير مميز ولا مجنون ولو فعل لم يصح ، ولا يعتق بالأداء بل يتعلق العتق به إن كان التعليق صريحاً وإلا فوجهان في العتق وأطلقهما في الفروع

أحدهما : يعتق بتعليق العتق به لأن الكتابة تتضمن معنى الصفة اختاره القاضي

والثاني : لا يعتق وهو المذهب اختاره أبو بكر وقدمه في الرعايتين ، والعاتق وهو ظاهر ما جزم به في المستوعب ، والحاوي الصغير ونصره المصنف ، والشارح

قال في القواعد الأصولية : والمذهب لا يعتق بالأداء ، خلافاً لما قال القاضي .

قوله (ولا يَصِحُّ إلاَّ بالقَوْلِ ويَنْعَقِدُ بقَوْلِهِ « كاتَبْتُكَ عَلَى كذا » وإنْ لَمْ يَقُلْ فإذا أدَّيْتَ إليَّ فأنْتَ حُرٌّ)

هذا المذهب وعليه الأصحاب

قال الزركشي : وهو المذهب المجزوم به لعامة الأصحاب . وجزم به في الوجيز وغيره . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادي ، والكافي ، والمحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُشْتَرَطَ قَوْلُهُ ﴾ ذلك ﴿ أَوْ بِيَّنَهُ ﴾ .

وهو لأبي الخطاب في الهداية

وفي الترغيب وجه — هو رواية في الموجز والتبصرة — يشترط قوله ذلك . وقيل : أو بينه .

فائدة : ظاهر كلام كثير من الأصحاب : أنه لا يشترط قبوله للكتابة .

وقال في الموجز ، والتبصرة ، والترغيب ، والرعاية الكبرى : يشترط ذلك . واقتصر عليه في الفروع .

قوله ﴿ ولا يَصِحُّ إلاَّ عَلَى عِوَضٍ مَعْلُومٍ ﴾ .

ولو خدمة أو منفعة وغيرها

قال الأصحاب : مباح يصح السلم فيه منجم بنجمين فصاعدا ، يعلم قدر ما يؤدى في كل نجم

الصحيح من المذهب : أنها لا تصح إلا على نجمين فصاعدا . يعلم قدر ما يؤدى في كل نجم . جزم به في الوجيز . وقدمه في المغني ، والشرح ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق .

﴿ وقيل : تَصِحُّ عَلَى نَجْمٍ واحِدٍ ﴾ .

اختاره ابن أبي موسى .

قال في الفائق : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

وقيل : تصح أن تكون على خدمة مفردة على مدة واحدة

والصحيح من المذهب : أنها لا تصح إلا على عوض معلوم فلا تصح على عبد مطلق . اختاره أبو بكر وغيره . وعليه أكثر الأصحاب .

وقدمه في المغني ، والشرح ، ونصراه ، والخلاصة ، والفروع ، وغيرهم .

﴿ وقال القاضي : تصح على عبد مطلق ﴾ وله الوسط . وقاله أصحاب القاضي .

قال في الرعايتين : وإن كاتبه على عبد مطلق صح في الأصح . وله الوسط .

وقال في الحاوي الصغير : وإن كاتبه على عبد مطلق صح . ووجب الوسط .

وقياس قول أبي بكر بطلانه .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف أن الكتابة لا تصح حالة . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وظاهر كلام المصنف في المغني ، والشارح : أن فيها قولا بالصحة . فإنهما قالا : ولا تجوز إلا مؤجلة منجمة . هذا ظاهر المذهب .

فدل أن فيها خلافا . وهو خلاف ظاهر المذهب . واختاره في الفائق . فقال : والمختار صحة الكتابة حالة .

وقال في الترغيب : في كتابة من نصفه حر : حالة وجهان .

فعلى المذهب : في جواز توقيت النجمين بساعتين وعدمه . فيعتبر ماله وقع في القدرة على الكسب فيه خلاف في الانتصار .

قلت : الصواب الثاني .

وإن كان ظاهر كلام الأصحاب الأول .

وتقدم في أواخر العتق : هل يصح شراء العبد نفسه من سيده بمال في يده أم لا ؟

وعلى المذهب أيضا : تكون الكتابة باطلة من أصلها . على الصحيح ذكره القاضي ، والشريف ، وأبو الخطاب ، وغيرهم .

وصرح ابن عقيل بأن الإخلال بشرط النجوم يبطل العقد

وذكر صاحب التحقيق أن الكتابة تصير فاسدة، ولا بطل من أصلها.

وبقي الإشكال - فيما إذا كاتبه على عوض مجهول - أنها تكون فاسدة لا باطلة. آخر الباب

قوله ﴿ وتصح على مالٍ وخدمةٍ، سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت ﴾

يعني: تصح الكتابة على مال مع خدمة، ويشترط كون المال مؤجلا، بخلاف الخدمة. لكن لو جعل المال بعد وقوع الخدمة بيوم أو أكثر صح. وإن جعل محله في الخدمة، أو عند انقضائها صح أيضاً على الصحيح من المذهب. قدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. ونصروه.

وقال القاضي: لا تصح. لأنه يكون نجماً واحداً. وأطلقهما في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

فائدة: تصح الكتابة على منفعة معينة مدة معلومة، كخدمة وعمل في الذمة، كخياطة ونحوها. قاله الأصحاب.

والمصنف احتمال بصحتها على منفعة مفردة مدة واحدة.

قوله ﴿ وإن أدى ما كُوتب عليه أو أبرئ منه عتق ﴾.

هذا المذهب. جزم به في الوجيز، وتذكرة ابن عبدوس، والفائق، وغيرهم. وصححه في النظم، وغيره.

وقدمه في المغني، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، وغيرهم.

وعنه: إذا ملك ما يؤدي صار حراً. ويجبر على أدائه.

فائدة: لو أبرأه بعض ورثة من حق منه، وكان مؤسراً. عتق عليه كله على الصحيح من المذهب. وقيل: لا يعتق.

قوله ﴿ فَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الأَدَاءِ - كَانَ مَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . فِي الصَّحِيحِ عَنْهُ ﴾

وهذا مفرع على الصحيح من المذهب . وهو : أنه إذا ملك ما يؤدى عن كتابته ولم يؤده ، لم يعتق . فإذا مات قبل الأداء : انفسخت الكتابة ، وكان ما في يده لسيده

وعلى الرواية الثانية ـ وهي أنه إذا ملك ما يؤدي يصير حراً قبل الأداء ـ فإذا مات قبل الأداء : كان لسيده بقية كتابته ، والباقي لورثة الميت . فلا تفسخ الكتابة . واختاره هنا أبو بكر ، وأبو الخطاب

لكن هل يستحقه السيد حالا ، أو هو على نجومه ؟ فيه روايتان ، وأطلقهما في الفروع .

قلت . هي شبيهة بمن مات وعليه دين ، على ماتقدم في باب الحجر

وتقدم في ذكر أهل الزكاة « إذا عجز ورق ونحوه ، وكان بيده مال أخذه من الزكاة : هل يكون لسيده أو لمن أخذه منه ؟ »

قوله ﴿ وَإِذَا عُجِّلَتِ الْكِتَابَةُ قَبْلَ مَحِلِّهَا : لَزِمَ السَّيِّدَ الأَخْذُ ﴾

فشمل القبض مع الضرر وعدمه . وكذا قال الإمام أحمد رحمه الله ، والخرقي وأبو بكر ، وأبو الخطاب ، والشيرازي ، والسامري ، وغيرهم .

قال في المذهب : يلزمه مع الضرر في ظاهر المذهب

قال الشارح : وهو الصحيح . وقدمه في الهداية ، والحاوي الصغير .

ويحتمل أن لا يلزمه ذلك إذا كان في قبضه ضرر . وهو المذهب نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله

قال القاضي ، والمذهب عندي : أن فيه تفصيلا على حسب مذكر في السلم وصححه الناظم ، واختاره المصنف في المغني .

قال فى الرعايتين : وإن عجل ما عليه قبل محله : لزم سيده فى الأصح أحده بلا ضرر ، وعتق فى الحال وحرم به فى الوجيز ، والمحرر ، وابن عبدوس فى تذكرته وغيرهم وصححه فى النظم ، وغيره

قال فى الفائق : ولو عجل ما عليه لزم قبضه وعتق حالا نص عليه . وقيد بعدم الضرر .

وقدمه فى الفروع ذكره فى باب السلم

وقيل حسن ، وأبو بكر لا يلزمه ، ولو مع عدم الضرر . ذكرها جماعة من الأصحاب لأنه قد يضر بالرقيق ولأن بقاء الكاتب فى هذه المدة حق له ولم يرض بزواله .

فهذه ثلاث روايات . رواية بالزوم مطلقا ، وعدمه مطلقا والثالثة . الفرق بين الضرر وعدمه .

واختار القاضى فى كتاب الروايتين طريقة أخرى ، وهى . إن كان فى القبض ضرر لم يلزمه وإلا فروايتان ونسبه فى المكاتب

فائدتان

إحداهما : حيث قلنا بالزوم . لو امتنع السيد من قبضه ، جعله الإمام فى بيت المال . وحكم عتق العبد حرم به الزركشى

قال فى الفروع . هذا المشهور

قال المصنف ، والشارح وابن أبى السيد : يرى العبد ذكره فى المكفول به

نقل حرب : إن أبى مولاه لأحد . ما أعلم ما زاده إلا خيرا

وتقدم نظير ذلك فى باب السلم .

الثانية فى عتق المكاتب بالاختيار وجهان وأطلقهما فى الفروع ، والبلغة والرعاية الكبرى .

والصواب . العتق اختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما وعدم العتق قاله القاضى

قوله ﴿ وإذا أدَّى ، وعَتَقَ فوَجَدَ السَّيِّدُ بالعِوَضِ ، عَيْبًا فَلَهُ أَرْشُهُ أَوْ قِيمَتُهُ وَلَا يَرْتَفِعُ العِتْقُ ﴾

هذا المذهب حرم به في المحرر ، والوجيز ، والمنور ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم

وقدمه في الفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، وغيرهم وصححه في النظم . وهو من مفردات المذهب

وقيل : هو كالبيع

وقيل : يرتفع العتق إن رده ، وإلا بطله الحد . وهو توجيه للقاضي

قال المصنف ، وغيره : فإن بان معيباً بطرث . فإن رضي بذلك وأمسكه : استقر العتق . وإن اختار إمساكه ، وأخذ الأرش ، أو رده . فله ذلك

وقال أبو بكر قياس قول الإمام أحمد رحمه الله : أنه لا يعتق به العتق . وليس له الرد . وله الأرش

فائدة : لو أخذ السيد حقه ظاهراً ، ثم قال : هو حر . ثم بان مستحقاً لم يعتق . قاله الأصحاب

وإن ادعى السيد تحريم العوض . قبل بينة

وإن لم تكن بينة : قبل قول العبد مع يمينه ، ثم يحب على السيد أخذه ، ويعتق به ثم يلزم السيد رده إلى ما سلكه ، إن أضافه إلى مالك .

وإن سكت . العبد حلف سيده

وله قبضه من دين غير دين الكتابة وتحجيره وفي تحجيره قبل أخذ ذلك من جهة الدين : وجهان في الترغيب . واقتصر عليه في الفروع

والاعتبار بقصد السيد في قبضه عن أحد الدينين وفائدته يمينه عند البراءة

قلت : قد تقدم في باب الرهن : أنه لو قضى بعض دينه ، أو أبرئ منه

وبعضهم أو كفيل : كان عند بلوغه الدافع ، أو المجزىء من القسمين والقول قوله في النية بلا يمين . فيخرج هنا مثله

قوله ﴿ وَيَمْلِكُ السفر ﴾

حكم سفر المكاتب حكم سفر الغريم ، على ما تقدم في أول باب الحجر .

قال في الفروع . وله السفر ، كغريم

قال المصنف في المغني ، والشرح : وقد أطلق أحمد القول في ذلك ولم يفرقوا بين السفر الطويل وغيره

وقياس المذهب : أن له منعه من السفر الذي يحل نجوم الكتابة قبله

قال الزركشي ، قلت وهو مراد الأصحاب وإنما لم يقيدوا ذلك اكتفاء بما تقدم لهم من الحر المدين بطريق الأولى

تنبيه : يستثنى من كلام المصنف : السفر للجهاد فإنه لا يجوز له السفر لذلك إلا بإذنه ، على صحيح في كتاب الجهاد ذكره الزركشي

قوله ﴿ فَإِنْ شرط عليه أن لا يسافر ، ولا يأخذ الصدقة ، فهل يصح الشرط ؟ على وجهين ﴾ .

وهما وجهان أيضاً في المغني ، والشرح ، وشرح ابن منجا

وهما روايتان عند أبي الخطاب ، والشيرازي ، والمصنف في الكافي ، والمجد في المحرر ، وصاحب الفروع ، وغيرهم

وأصحهما في المغني ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحاوي الصغير

أحدهما : يصح الشرط وهو المذهب

قال في الفروع ، وواعتبر ويصح شرط تركهما على الأصح وصححه في التصحيح ، والناظم وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والمحرر

وهو من مفردات المذهب فيهما .

والوجه الثاني : لا يصح الشرط . صححه في النظم

واختار المصنف ، والشارح : صحة شرط أن لا يسافر

وقدم ابن رزين بطلان شرط عدم سفره . وصحة شرط عدم السؤال

وقال أبو الخطاب : يصح إذا شرط أن لا يسافر . ولا يصح شرط أن لا يأخذ الصدقة .

وقال القاضي : لا يصح إذا شرط أن لا يسافر .

وقال في الجامع ، والشريف ، وأبو الخطاب — في خلافيهما — والشيرازي : يصح شرط أن لا يسافر

وقال أبو بكر : إذا رآه يسأل مرة في مرة : عَجْزه . كما لو حل نجم في نجم : عجزه

فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين . وصحح الشرط

فعلى القول بصحة الشرط : إذا خالف كان لسيده تعجيزه . على الصحيح من المذهب

وقيل : يملك تعجيزه بسفره ، إذا لم يمكن رده . وأطلقهما في الشرح

وإن أمكن رده : لم يملك تعجيزه . جزم به في الفروع وغيره

قوله ﴿ وليس له أنْ يَتزوّجَ ، ولا يَتَسَرَّى ، ولا يَتَبَرَّعَ ولا يُقْرِضَ وَلا يُحابي ، وَلا يَقْتَصَّ مِنْ عَبْدِهِ الْجَاني عَلَى بَعْضِ رَقيقِهِ ، ولا يُعْتِقَ ولا يُكاتِبَ إلاّ بِإذْنِ سَيِّدِهِ ﴾ .

لا يتزوج المكاتب إلا بإذن سيده . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشي : هو المذهب عند عامة الأصحاب . وقطع به عامتهم

قلت : قطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع

وقيل : له أن يتزوج غير إذنه ، بخلاف المكاتبة ذكره فى الرعاية وقاله إبراهيم الحربى

فائدة : ليس للمكاتب أن يزوج رقيقه إلا بإذن سيده على الصحيح من المذهب جزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا وصححه فى النكت

وقيل : له ذلك إذا رأى المصلحة . اختاره أبو الخطاب

وقيل : له أن يزوج لأمة دون العبد . حكاه القاضى فى خصاله

وأطلقهن فى الفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم

وليس للمكاتب أن يتسرى إلا بإذن سيده على الصحيح من المذهب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع

وعنه المنع وعنه عكسه ذكرهما فى بيع ، وهبة ، وهما فى غيره .

وليس له أن يتبرع ، ولا يقرض ، ولا يحابى إلا بإذن سيده بلا خلاف أعلمه

وليس له أن يقتص من عبده الجانى على بعض رقيقه إلا بإذن سيده على الصحيح من المذهب جزم به فى الوجيز ، ومنتخب الأدمى واختاره أبو بكر ، وأبو الخطاب فى رءوس المسائل ، وابن عبدوس فى تذكرته وقدمه فى الشرح ، وشرح ابن منجا .

وقيل يجوز له ذلك اختاره القاضي . وهو ظاهر ماقدمه في الكافي .

وأطلقهن في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والنظم ، والدقائق

وأما العتق ، فلا يجوز : بيع أن عتقه محرماً ، أو على عوض في ذمته .

فإن أعتقه محرماً : لم يجز إلا بإذن سيده بلا نزاع فهو حالف وفعل فاعتق

باطل . اختاره المصنف ، والشارح وقدمه في الدقائق

وقال أبو بكر ، والقاضي : عتقه موقوف على انتهاء الكفارة فإن عتق

عتقوا ، وإن رق رقوا كما لو ملك ذا رحم منه وخرج وقته على رضا السيد قاله

في الدقائق

وإن أعتقه عن في ذمته فظاهر كلام مصنف . أنه ليس له ذلك إلا بإذن

سيده وهو المذهب وهو ظاهر ماحرره في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ،

والمغني ، والخلاصة ، وغيرهم . وجزم به في الوجيز

والوجه الثاني . يجوز

قلت وهو الصواب . إذ لا مصلحة له .

وأطلقهن في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والدقائق ، والنظم

وأما المكاتب فليس له ذلك إلا بإذن سيده . وهو أحد الوجهين وهو

المذهب حرره في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ،

وغيرهم

وقدمه في الكافي ، والمغني ، والشرح ، والدقائق

والوجه الثاني هو اختاره القاضي ، وأبو الخطاب ، في رؤوس المسائل .

وأطلقهن في المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والنظم

وقال أبو بكر : هو موقوف ، كقوله في العتق المعلق .

فائدة : قال المصنف في المغني ، والكافي هنا : ليس له أن يحج إن احتاج

إلى الإنفاق من ماله فيه .

وذكر المصنف أيضاً فى المقنع - فى باب الاعتكاف - له أن يحج بغير إذن سيده لأنه كالحر المدين وقدمه فى الفروع ، والرعاية الصغرى هنا .

ونقل الميمونى - له أن يحج من المال الذى جمعه ، ما لم تكن تجمعه قدمه فى المحرر

قال المصنف ، والقاضى ، وابن عقيل ، هذه رواية محمولة على أنه يحج بإذن سيده وأما بغير إذنه فلا يجوز انتهى

قال فى المحرر ، والرعايه الكبرى ، والمطلع ، والمنور ، وتجريد العناية ، وغيرهم - فى باب الاعتكاف - ويحج بغير إذنه ، مالم يحل عليه نجم فى غيبته . نص عليه . انتهى . فقطعوا بذلك

وقال فى الحاوى الصغير وفى جواز جمعه مال بإذن سيده روايتان

قال فى الرعايتين ، والفائق - فى هذا الباب - فى جواز جمعه ماله بإذن سيده : روايتان

وعنه له الحج بلا إذنه

وعنه : مالم يحل نجم

قال فى الفروع وله الحج بماله مالم يحل نجم

وقيل : مطلقا . وأطلقه فى الترغيب ، وغيره . وقالوا : نص عليه

وتقدم بعض ذلك فى أول كتاب الاعتكاف

قوله ﴿ وَوَلاءُ مَنْ يُعْتِقُهُ وَمُكَاتَبُهُ : لِسَيِّدِهِ ﴾

هذا المذهب مطلقا وعليه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمنور ، وغيرهم

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى الرعايتين ، والفروع ، والفائق . إن كانه بإذن سيده

وقيل : الولاء للمكاتب إن عتق ، زاد فى الفائق : مع أمن ضرر فى ماله

وقال المصنف ، والشارح : إن أدى الأول ، ثم أدى الثاني . فولاء كل واحد لمكاتبه . وإن أدى الأول ، وعجز الثاني : صار رقيقاً للأول . وإن عجز الأول وأدى الثاني فولاؤه للسيد الأول . وإن أدى الثاني قبل عتق الأول ، عتق .

قال أبو بكر : وولاؤه للسيد . ورجحه القاضي في الخلاف . قاله في القاعدة السادسة عشر .

وقال القاضي في المجرد : هو موقوف . إن أدى عتق ، وولاؤه له ، وإلا فهو للسيد .

قوله (ولا يُكَفِّرُ بِالْمَالِ)

هذا إحدى الروايات مطلقاً . جزم به في الخلاصة ، والوجيز ، والنظم .

وقدمه في الشرح . وهو ظاهر كلام الخرقي .

وعنه : له ذلك بإذن سيده . وهو المذهب . جزم به في الكافي ، والمغني ، والمحرر ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، وغيره .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والرعايتين .

وعنه : يكفر بالمال مطلقاً .

وقال القاضي : المكاتب كالقن في التكفير . فإن أذن له سيده في التكفير بالمال ، انبنى على ملك العبد بالتمليك . فإن قلنا : لا يملك ، لم يصح تكفيره بغير الصيام مطلقاً . وإن قلنا يملك ، صح بالإطعام ، إذا أذن فيه سيده . وإن أذن بالتكفير بالعتق ، فهل يصح ؟ على روايتين .

قال المصنف : والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه في المكاتب ، لأنه يملك المال بغير خلاف . وإنما ملكه ناقص لتعلق حق السيد به . فإذا أذن له صح ، كالتبرع .

تنبيه : حيث جوزنا له التكفير بالمال : فإنه لا يلزمه . قاله الزركشي ، وغيره .

قوله ﴿ وهَلْ لهُ أنْ يرْهَن ، أوْ يُضَارِب بمَالِهِ ؟ يحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ﴾ .

وكذا قال في الهداية وأطلقهما في المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا

أحدهما : ليس له ذلك وهو الصحيح صححه في التصحيح وجزم به في الوجيز . وقدمه في الكافي وقدمه في الشرح في موضع آخر

والوجه الثاني : له ذلك . اختاره ابن عبدوس في تذكرته

فائدتان

إحداهما : في جواز بيعه نساء ، ولو برهن ، وهبة بعوض ، وحدّ رقيقه : وجهان وأطلقهما في الفروع

وأطلقهما في الرعايتين ، والمحرر ، والحاوي الصغير ، والفائق في الأولى ، والأخيرة

وأطلقهما في النظم في بيع نساء

وقدم في المغني ، والشرح : أنه ليس له أن يبيع نساء وقدمه في الكافي في الجميع

وجزم في الوجيز : ليس له أن يهب ولو بثواب مجهول ولا يحدّ

وجزم في الرعايتين ، والحاوي الصغير : ليس له أن يهب ولو بثواب مجهول

وجزم في المغني ، والشرح : أنه لا تصح الهبة بالثواب

وقيل : يجوز بيعه نساء من غير رهن ولا ضمين .

ففي البيع نساء ثلاثة أوجه : الجواز وهو تخريج للقاضي من المضارب . وعدمه وجواز برهن أو ضمين

الثانية : ليس له أن يقتص لنفسه ممن جنى على طرفه بغير إذن سيده ، على أحد الوجهين

قال فى الرعاية : ولا يقتص لنفسه من عضو - وقيل : أو جروح - بدون إذن سيده فى الأصح . وكذا قال فى الفائق

قال القاضى فى خلافه : وهو قياس قول أبى بكر

قال فى القاعدة التاسعة والثلاثين بعد المائة : وفيه نظر

وقيل : له ذلك . حكاه القاضى فى المجرد ، وابن عقيل

قلت : وهذا المذهب . والقول الأول : ضعيف جداً .

وقد ذكر الأصحاب قاطبة أن العبد لو وجب له قصاص : أن له طلبه ، والعفو عنه كما ذكره المصنف فى آخر باب العفو عن القصاص ، فهما طريق أولى وأحرى اللهم إلا أن يقال : له الطلب ، وليس له الفعل

قلت : وأطلقهما فى الفروع

قوله ﴿ وليس له شراء ذوى رحمه ، إلا بإذن سيده ﴾

هذا أحد الوجهين . قدمه فى هدايته . وجزم به فى الوجيز . وهو ظاهر ما جزم به فى الخلاصة

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب

وقال القاضى : له ذلك . نص عليه . وهو المذهب

قال الزركشى : هذا الأشهر

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : وله شراء ذى رحمه بلا إذن سيده فى أصح الوجهين . وإليه ميل الشارح

وقطع به الشريف ، وأبو الخطاب - فى خلافيهما - وابن عقيل ، والمصنف فى المغنى . وهو من المفردات

وأطلقهما فى المذهب ، والمجرد ، والفروع ، والفائق ، والنظم .

قوله ﴿ وَلَهُ أَنْ يَقْتُلَهُمْ إِذَا وُهِبُوا لَهُ ، أَوْ أُوصِيَ لَهُ بِهِمْ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ بِمَالِهِ ﴾

وقطع به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم . وشرح على ذلك ابن منجا

وقيل : له أن يفتيهم فى الهبة ، والوصية ، ولو أمر ذلك بماله

وأطلق الجواز - من غير التقييد بالضرر - فى الهداية ، والكافى ، والمغنى ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، وهو يحتمل التحقيق

قال الشارح : وله أن يفتيهم لأنه يملك شراءه فلأن يجوز له بغير عوض أولى . وعند من لا يرى جواز شرائهم بغير إذن السيد لا يجوز فتواهم إذا لم يكن فيه ضرر عليه

فائدة : هل له أن يفتى ذوى رحمه ، إذا حلفوا أنه وجهان

وفى المنتخب ، والمذهب : له ذلك كما شراءه . قاله فى الفروع

وقال فى الترغيب : عندى تقييده

قوله ﴿ ومتى ملكهم لم يكن له بيعهم . وله كسبهم وحكمهم حكمه . فإن عتق عتقوا وإن رق صاروا رقيقا للسيد ﴾ .

مراده بذلك : ذوو رحمه

واعلم أن المكاتب إذا عتق ، فلا يخلو إما أن يكون عتقه بأداء مال الكتابة ، أو عتق سيده له

فإن كان بأداء مال الكتابة : عتقوا معه بلا نزاع

وإن كان عتقه ليكون سيده أعتقه ، فظاهر كلام المصنف أنهم يعتقون معه أيضا . وهذا تخيير المصنف ، إليه ميل الشارح وصححه الناظم .

والصحيح من المذهب : أنهم لا يعتقون إذا أعتق السيد المكاتب ، بل يبقون أرقاء للسيد قدمه فى الفروع ، والنظم وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق

فائدة : يجوز للمكاتب شراء من عتق على سيده ذكره فى المغنى ، والترغيب فى غير عتقوا

وإن عتق : كانوا أرقاء له . واقتصر عليه في الفروع .

قلت : فيعتق بها .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وكذلك الحُكْمُ في وَلَدِهِ مِنْ أَمَتِهِ ﴾ .

يعني : أنه يعتق بعتقه ، أنه لا يتبعه ولده إذا كان من أمة سيده . وهو المذهب مطلقا . قدمه في الفروع .

وقال جماعة من الأصحاب : يتبعه إذا شرط ذلك ، منهم الناظم .

قوله ﴿ وولَدُ المكاتبةِ الذي ولدتْهُ في الكتابةِ يَتْبَعُها ﴾

نص عليه . فإن عتقت بأداء أو إبراء عتق معها . وإن عتقت بغيرهما لم يعتق ولدها . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب ، كموتها في الكتابة .

قال المصنف ، والشارح : وهو مقتضى قول أصحابنا . وقدمه في الفروع .

وقيل : يبقى مكاتبا . قال الشارح : وهو مقتضى قول شيخنا .

قال في الفروع : والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله أنه يعتق .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن ولد المكاتبة ـ الذي ولدته قبل الكتابة ـ لا يتبعها . وهو صحيح . قطع به المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وظاهر كلامه : أنها لو كانت حاملا به حال الكتابة تبعها . وهو صحيح . قطع به الزركشي ، وغيره .

فائدتان

إحداهما : لو أعتق السيد الولد دونها صح عتقه . نص عليه .

وقدمه في الفروع ، والمغني ، والشرح ، ونصراه . وقيل : لا يعتق .

قال القاضي : قد كان يجب أن لا ينفذ عتقه لأن فيه ضررا بأمه ، لتفويت كسبه عليها . فإنها كانت تستعين به في كتابتها . ولعل الإمام أحمد رحمه الله نفذ عتقه تعليما للعتق .

وردد المصنف من ثلاثة أوجه . وتقدم في كتاب العتق صحة عتق المحبين .

الثانية : ولد ت المكاتبة كـ مكاتبة ، وولد ابنه وولد المعتق بعضها كالأمة

قوله ﴿ وإن استولد أمته ، فهل تصير أم ولد يمتنع عليه بيعها ؟ على وجهين ﴾

وأطلقهما في المذهب ، والمجد ، والفروع .

أحدهما : تصير أم ولد ، وهو المذهب . نص عليه .

قال المصنف : هذا المذهب وصححه في التصحيح ، والنظم ، والناظم ، وغيرهم . وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والشرح ، وغيرهم .

والوجه الثاني : لا تصير أم ولد . وقاله القاضي في موضع من كلامه . وهو احتمال في الهداية .

قوله ﴿ ولا يبيعه درهماً بدرهمين ﴾ .

يعني : أنه يجري الربا بينهما . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال ابن أبي موسى : لا ربا بينهما . لأنه عبد في الأظهر من قوله « لا ربا بين العبد وسيده » واختاره أبو بكر . قاله الزركشي وغيره . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله

فعلى المذهب : لو زاد الأجل والدين جنس ذلك ، على احتمال ذكره المصنف ، وغيره . والمذهب : عدم الجواز . وعليه الأصحاب .

وتقدم ذلك في آخر باب الربا

تنبيه : يستثنى من ذلك مال الكتابة . فإنه لا يجري الربا في ذلك . قاله

الأصحاب لتجويزهم تعجيل الكتابة بشرط أن يضع عنه بعضها . وتقدم قطع المصنف بذلك .

قوله ﴿ وإنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، فَعَلَيْهِ أَرْفَقُ الأَمْرَيْنِ بِهِ : مِنْ إِنْظَارِهِ مِثْلَ تِلْكَ المُدَّةِ ، أَوْ أُجْرَةِ مِثْلِهِ ﴾

هذا أحد الوجوه . جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، ونهاية ابن رزين . واختاره ابن عبدوس في تذكرته .

وقيل : يلزمه أجرة المدة . جزم به الآدمي في منتخبه

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم .

وقيل : يلزمه إنظاره مثل المدة . ولا يحتسب عليه مدة حبسه . صححه المصنف ، والشارح . وقدمه ابن رزين في شرحه

وأطلقهن في الكافي ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية

قوله ﴿ وليس لهُ وطْءُ مُكاتبةٍ إلاَّ أنْ يَشْتَرِطَ ﴾ .

إذا أراد وطأها فلا يخلو . إما أن يشترطه أولا . فإن لم يشترطه ، لم يجز وطؤها على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم

وقال المصنف ـ وتبعه الشارح ـ وقيل : له وطؤها ، وإن لم يشترط في الوقت الذي لا يشغلها الوطء عن السعي عما هي فيه .

قال الزركشي : وهذا القول ، يحتمل أنه في المذهب ويحتمل أنه ببعض العلماء .

وإن شرط وطأها في العقد : جاز على الصحيح من المذهب . نص عليه ، وعليه جماهير الأصحاب

قال الزركشي : هذا المذهب المجزوم به عند عامة الأصحاب

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وصححه الناظم ، وغيره .

قال فى القاعدة الثانية والثلاثين : هذا المذهب المنصوص كالراهن بلا شرط . ذكره فى عيون المسائل ، ومنتخب الأزجى وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لا مهر . ذكرها أبو الخطاب ، وابن عقيل فى مفرداته ، وقال هذا اختيارى

قوله ﴿ وإن وطئها ولم يشترط ، أو وطئ أمتها : فلها عليه المهر ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب وجزم به فى الوجيز ، وصححه فى الهداية ، والمذهب والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، وغيرهم

وقدمه فى الفروع وغيره

وقيل : لا يلزمه إن طاوعته وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وصححه فى النظم . وأطلقهما فى المحرر ، والفائق ، والزركشى

فائدة : إذا تكرر وطؤه ، فإن كان قد أدى مهر الوطء الأول . لزمه للثانى مهر أيضاً . وإن لم يكن أدى عنه : لم يلزمه إلا مهر واحد ذكره المصنف ، والشارح ، وغيرهما

وسيأتى ذلك مستوفى فى آخر كتاب الصداق

تنبيه مراده بقوله ﴿ ويؤدب ولا يمنع به الحد ﴾

إذا كان عالماً بالتحريم .

فأما إن كان غير عالم بالتحريم : فليه لا مهر .

قوله ﴿ ومتى ولدت منه ، صارت أم ولد له وولده حر ﴾

سواء وطئها بشرط أو بغيره

﴿ فَإِنْ أَدَّتْ عَتَقَتْ وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ أَدَائِهَا ، عَتَقَتْ ، وَسَقَطَ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهَا ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به

وحكى الشيرازي رواية : تلزمها بقية مال الكتابة تدفعها إلى الورثة ، إذا اختارت بقاءها على الكتابة . ذكره عنه الزركشي .

فائدة : ليس له وطء مدبرته ومكاتبته ولا يصح ذلك بالشرط فإن فعل عزر ولا تجب عليه قيمة ولدها من جاريته مكاتبه ، أو مكاتبته على الصحيح من المذهب . ويحتمل أن تجب .

قوله ﴿ وما في يدها لها ، إلا أن يكون قد عجزها ﴾ .

إذا مات السيد قبل أدائها : عتقت بكسبها ثم ولدها ، وما في يدها — إن كان مات سيدها بعد عجزها — فهو لورثة سيدها وإن كان مات قبل عجزها ، فقدم المصنف هنا : أنه يكون لها . وهو أحد الوجهين

وجزم به ابن عقيل في الفصول ، والمصنف ، والشارح ، والقاضي في المجرد ، والتعليق . ذكره فيه في الظهار . وقدمه في النظم

وقال أصحابنا : هو لورثة سيدها أيضاً . وهو المذهب . جزم به الخرقي ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

وأطلقهما في المحرر ولم يفرق بين عجزها وعدمه .

وأطلقهما في المستوعب وحكاهما روايتين .

وتقدم نظير ذلك إذا دبر المكاتب ، أو كاتب المدبر ، في باب التدبير .

قوله ﴿ وكذلك الحكم فيما إذا أعتق المكاتب سيده ﴾

فيكون ما في يده له في قول القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح .

وعلى قياس قول الأصحاب : يكون لسيده

قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يكون للمكاتب أيضاً على قول الأصحاب ، الخرقي ، وغيره ، لأن السيد أعتقه برضاه . فيكون قد رضي بإعطائه ماله ، بخلاف الأولى

وتقدم « إذا مات ، أو عجز ، أو أعتق ، وفي يده مال من الزكاة : هل يكون لسيده ، أو يرد إلى ربه ؟ » في باب ذكر أهل الزكاة .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو أعتق المكاتبة

الثانية : عتق المكاتب ، قيل : هو إبراء مما بقي عليه .

وقيل : بل هو فسخ ، كعتقه في الكفارة ، وأطلقهما في الفروع .

قوله (وَإِنْ كَاتَبَ اثْنَانِ جَارِيَتَهُمَا ثُمَّ وَطِئَاهَا ، فَلَهَا الْمَهْرُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا : صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ)

ومكاتبة كل نصف لسيده هذا المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به في الوجيز ، والنظم ، وغيرهما

وقدمه في المغني ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

وقال القاضي : لا يسري استيلاد أحدهما إلى نصيب شريكه ، إلا أن يعجز فينظر حينئذ فإن كان موسراً : قُوِّم عليه نصيب شريكه ، وإلا فلا

وقوله (وَيَغْرَمُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِهَا)

هذا المذهب ، بلا نزاع . لكن هل يغرم نصف قيمتها مكاتبة ، أو نصف قيمتها قِنّاً ؟ فيه وجهان

والصحيح من المذهب : الأول قدمه في المحرر ، والفروع .

والوجه الثاني يلزمه نصف قيمتها قطعاً جزم به في الوجيز وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق. وصححه في النظم.

وهل يلزمه مهر كاملا، أو نصفه؟ فيه وجهان. الصحيح من المذهب: الأول. قدمه في المحرر، والفروع

والوجه الثاني. يلزمه نصف المهر فقط جزم به في الوجيز وصححه في النظم وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والخلاصة، والرعايتين، والفائق

قوله ﴿ وهل يَغْرَمُ نِصْفَ قِيمَةِ وَلَدِهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر، والفروع.

إحداهما: نصف قيمته. قال القاضي: هذه الرواية أصح على المذهب

وصححه في التصحيح، والنظم وجزم به في الوجيز

والرواية الثانية. لا يلزمه قدمه في المغني، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وشرح ابن منجا وهذا المذهب

وقيل إن وضعته قبل التقويم لزمه نصف قيمته، وإلا فلا شيء عليه اختاره أبو بكر

وعلق عليه ذلك في آخر باب أحكام أمهات الأولاد

قوله ﴿ ويَجُوزُ بَيْعُ المُكَاتَبِ ﴾ هذا المذهب، وعليه الأصحاب

قال الزركشي: هذا المذهب مشهور المنصوص عليه نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله

واختاره الأصحاب، وقدموه وهو من مفردات المذهب

وعنه: لا يجوز بيعه مطلقا.

وعنه: لا يجوز بيعه إلا أن يكاتبه حكاها ابن أبي موسى.

فعلى المذهب : يقوم المشترى مقام البائع

فائدة : حكم هبته والوصية به : حكم بيعه على الصحيح من المذهب

وعنه : لا يجوز هبته

وتقدم في كلام المصنف الوصية بالمكاتب ، وثمن الكتابة ، أو بنجم منها ، أو برقبته في « باب الموصى به » فليراجع .

فائدة أخرى : لا يجوز بيع ما في ذمة المكاتب من نجوم الكتابة .

قوله (وإنْ اشْتَرَى كُلُّ واحِدٍ مِنَ المُكاتَبَيْنِ الآخَرَ : صَحَّ شِراءُ الأَوَّلِ . وبَطَلَ شِراءُ الثّانِي ، سَوَاءٌ كانَا لِوَاحِدٍ أَوِ اثْنَيْنِ)

وهذا بلا نزاع ، على القول بجواز بيع المكاتب

وقوله (وَإِنْ جُهِلَ الأَوَّلُ مِنْهُمَا فَسَدَ البَيْعَانِ)

وهذا المذهب ، اختاره أبو بكر ، وغيره وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم وقدمه في الفروع ، والفائق

وقال القاضي : يفسخان ، كما لو زوج ولياً وأشكل السابق منهما أو تقارع وجزم به في المحرر

قوله (وإنْ أَسَرَ العَدُوُّ المُكاتَبَ ، فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ فَأَحَبَّ سَيِّدُهُ أَخْذَهُ بِمَا اشْتَرَاهُ ، وإلاَّ فَهُوَ عَبْدُ مُشْتَرِيهِ ، مُبْقًى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ يُعْتَقُ بِالأَدَاءِ وَوَلاؤُهُ لَهُ) .

قال الناظم :

ولو قيل : يعطى الربع بينهما معاً ... ويلزمه كل العدا لم أبعد

هذا الحكم مبني على ثلاث قواعد

الأولى : أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالقهر

الثانية : أن من وجد ماله - من مسلم ، أو معاهد - بيد من اشتراه منهم : فهو أحق به بثمنه . وهذا المذهب فيهما ، على ما تقدم محرراً في « باب قسمة الغنيمة » .

الثالثة : أن المكاتب يصح نقل الملك فيه . وهو المذهب . وعليه الأصحاب كما تقدم قريباً

إذا علمت ذلك فلا تبطل الكتابة بالأسر . لكن هل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها مع الكفار ؟ على وجهين

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والزركشي . جزم في الكافي بالاحتساب

قلت : الأولى عدم الاحتساب . ثم رأيت ابن رزين في شرحه قدمه

فإن قيل : لا تحتسب - وهو الصواب - لغت مدة الأسر ، وبنى على ما مضى .

وإن قيل : تحتسب عليه ، فحل ما يجوز تعجيزه بترك أدائه . فلسيده تعجيزه . وهل له ذلك بنفسه ، أو بحكم حاكم ؟ فيه وجهان

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والفائق والفروع ، والزركشي .

قلت : الأولى أن له ذلك بنفسه

قال في الفروع : وله الفسخ بلا حكم

وعلى كل الوجهين : متى خلص ، فأقام بينة بوجود مال له وقت الفسخ في بما عليه ، فهل يبطل الفسخ ، أم لا بد - مع ذلك - من ثبوت أنه كان يمكنه أداؤه ؟ فيه قولان . وأطلقهما الزركشي

قدم المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق : البطلان

قوله ﴿ وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ أَجْنَبِيٍّ : فَعَلَيْهِ فِدَاءُ نَفْسِهِ ﴾

أي بقيمته مقدماً على الكتابة . هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب

قال الشارح : هذا المعمول به في المذهب

قال المصنف : اتفق أصحابنا على ذلك وجزم به في الوجيز ، وغيره وقدمه في المغني ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والنظم ، وغيرهم

﴿ وقال أبو بكر : يتخاصان ﴾

فعلى هذا يقسم الحاكم بينهما على قدر حقهما

وعلى المذهب : لو أدى مبادراً وليس محجوراً عليه عتق واستقر الفداء

وإن كان بعد الحجر لم يصح ووجب رجوعه إلى ولي الجناية

قوله ﴿ وإن كانت على أجنبي ، ففداه سيده ، وإلا فسخت الكتابة وبيع في الجناية قنًّا ﴾

هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ونقله ابن منصور ، وغيره

وجزم به في المحرر ، والوجيز ، والنظم ، والفائق ، وغيرهم

وقدمه في الفروع ، وغيره

ونقل الأثرم : جنايته في رقبته يفديه إن شاء . قال أبو بكر : وبه أقول

فائدة : لو قتله السيد ، لزمه الفداء وكذا إن أعتقه وسقط - في الأصح - إن كانت الجناية على سيده قاله في الترغيب . واقتصر عليه في الفروع

قوله ﴿ والواجبُ في الفداء : أقلُّ الأمرين ، من قيمته أو أرشِ جنايتِه ﴾

هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وجزم به في الوجيز ، وغيره وقدمه في المغني ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

وقيل يلزمه فداؤه بأرش جنايته كله كاملة وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله

وعنه يلزمه فداؤه بالأرش كاملاً إن كانت الجناية على أجنبي

قوله ﴿ وإنْ لَزِمَتْهُ دُيُونٌ تَعَلَّقَتْ بِذِمَّتِهِ : يُتْبَعُ بِهَا بَعْدَ الْعِتْقِ ﴾ .

ولا يملك غريمه تعجيزه . هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم

وقدمه في المستوعب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم ، بخلاف المأذون له

وعنه : تتعلق برقبته . اختاره ابن أبي موسى . ذكره عنه في المستوعب .

وعنه : تتعلق بذمته ورقبته معاً . قال في المحرر : وهو أصح عندي

فائدتان

إحداهما : قال المصنف — وتبعه الشارح — : إذا كان عليه ديون — مع دين الكتابة — ومعه مال في ذلك فله أن يبدأ بما شاء ، وإن لم يف بها ما معه — وكلها حالة ، ولم يحجر الحاكم عليه — فخص بعضهم بالقضاء . صح

وإن كان بعضها مؤجلا فعجله بإذن سيده جاز ، وإلا فلا

وإن كان التعجيل للسيد فقبوله بمنزلة إذنه

وإن حجر عليه بسؤال الغرماء ، فقال القاضي : عندي أنه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض القرض ، ويسوي بينهم ، ويقدمهم على أرش الجناية ومال الكتابة

وقال الشارح : وقد اتفق الأصحاب على تقديم أرش الجناية على مال الكتابة

وبنى ذلك في الفروع وغيره من الأصحاب على روايتين في أصل المسألة

فقال : بناء على روايته الأولى — : تقدم ديون محجور عليه بعدم تعلقها برقبته فلهذا إن لم يكن بيده مال ، فليس لغريمه تعجيزه بخلاف الأرش ودين الكتابة

وعنه : تتعلق برقبته فتساوي الأقدام ، ويملك تعجيزه ، ويشترك رب الدين والأرش بعد موته ، لفوت الرقبة

وقيل : يقدم دين المعاملة

ثم قال : ولغير المحجور تقديم أي دين شاء

وذكر ابن عقيل، وجماعة: أنه بعد موته هل يقدم دين الأجنبي على السيد، كحالة الحياة، أم يتحاصان؟ فيه روايتان.

وهل يضرب سيده بدين معاملة مع غريمه؟ فيه وجهان.

الثانية: لا يجبر المكاتب على الكسب لوفاء دينه على الصحيح من المذهب.

قال في القاعدة الثانية والثلاثين بعد مائة: هذا المذهب المشهور، لأنه دين ضعيف. وخرج ابن عقيل وجهاً بالوجوب كسائر الديون.

قوله ﴿ والكتابةُ عقدٌ لازمٌ من الطرفين لا يدخلُها خيارٌ ﴾

هذا المذهب جزم به كثير من الأصحاب منهم صاحب الفروع، وغيره في باب الخيار.

وذكر القاضي: أن العبد المكاتب له الخيار على التأبيد، بخلاف سيده.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وفيه نظر.

قال ابن عقيل: لا خيار للسيد، وأما العبد فله الخيار أبداً، مع القدرة على الوفاء والعجز، فإذا منع كان الخيار للسيد. هذا ظاهر كلام الخرقي.

وقال أبو بكر: إن كان قادراً على الوفاء فلا خيار له، وإن عجز عنه فله الخيار. ذكر ذلك في النكت، في باب الخيار. وقال ما قاله القاضي، وابن عقيل. قاله الشيرازي، وابن البنا. ذكره الزركشي، على ما يأتي قريباً.

تنبيه: ظاهر قوله ﴿ ويعتقُ بالأداء إلى سيِّده، أو إلى من يقومُ مقامَهُ من الورثة ﴾

أن الباقي من الكتابة بعد موت سيده يطالب به ويؤخذ منه. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

ونقل ابن هانئ: إن أدى بعض كتابته ثم مات السيد، يحسب من ثلثه ما بقي من كتابة العبد ويعتق.

وقدمه في أول باب الولاء « إذا أدى المكاتب بعض الكتابة للورثة : هل يكون الولاء للسيد أو للورثة ؟ »

قوله ﴿ فَإِنْ حَلَّ نَجْمٌ فَلَمْ يُؤَدِّهِ ، فَلِسَيِّدِهِ الْفَسْخُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به في الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

﴿ وَعَنْهُ : لَا يُعَجَّزُ حَتَّى يَحُلَّ نَجْمَانِ ﴾

وهو ظاهر كلام الخرقي . قال القاضي : وهو ظاهر كلام أصحابنا .

قال في الهداية : وهو اختيار أبي بكر ، والخرقي ، ونصره في المغني .

﴿ وَعَنْهُ لَا يُعَجَّزُ حَتَّى يَقُولَ : قَدْ عَجَزْتُ ﴾

ذكرها ابن أبي موسى . وروي عنه : أنه إن أدى أكثر مال الكتابة لم يرد إلى الرق ، واتُّبع بما بقي .

وقال في عيون المسائل : ليس له الفسخ قبل حلول نجم ولا بعده ، مع قدرة العبد على الأداء كالبيع .

وقال في الترغيب : إن غاب العبد بلا إذن سيده لم يفسخ ، ويرفع الأمر إلى حاكم البلد الذي هو فيه ، ليأمره بالأداء ، أو يثبت عجزه ، فحينئذ يملك الفسخ .

وقاله في الرعاية أيضاً . وقال : وقيل إن لم يتفقا فسخها الحاكم .

فعلى المذهب : يلزمه إنظاره ثلاثة أيام . قاله الأصحاب ، كبيع عرض . ومثله مال غائب دون مسافة قصر يرجو قدومه ، ودين حال على ملىء ومودع .

قال في الفروع : وأطلق جماعة لا يلزم السيد سيفاؤه . قال : فيتوجه مثله في غيره .

فائدة : حيث جوزنا له الفسخ ، فإنه لا يحتاج إلى حكم حاكم

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ فَسْخُهَا ﴾

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب ، وقطع به كثير منهم .

﴿ وَعَنْهُ : لَهُ ذَلِكَ ﴾ .

قال في الفروع : وحكي عن الإمام أحمد رحمه الله : للعبد فسخها .

قال الزركشي : ووقع في المقنع ، والكافي ، رواية بأن للعبد فسخها

قال : والظاهر أنه وهم ، والذي ينبغي حمل ذلك عليه : أن له الفسخ إذا امتنع من الأداء ، وهذا كما قال ابن عقيل ، والشيرازي ، وابن البنا ، إنها لازمة من جهة السيد ، جائزة من جهة العبد

وفسروا ذلك بأن له الامتناع من الأداء ، فيملك السيد الفسخ . انتهى

فائدة : لو اتفقا على فسخها جاز ، جزم به في الكافي وغيره

قال في الفروع : والتوجه لا يجوز ، كحق الله

قوله ﴿ وَلَوْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ مِنْ مُكَاتَبِهِ ، ثُمَّ مَاتَ : انْفَسَخَ النِّكَاحُ ﴾ .

يعني : إذا كانت وارثة من أبيها ، وكان النكاح صحيحاً ، وهذا المذهب جزم به في الشرح ، وغيره

قال ابن منجا : هذا المذهب ، وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم ، واحتمل أن لا يفسخ حتى يعجز

فائدة : الحكم في سائر الوارثة من النساء ، إذا كانت زوجة له ، كالحكم في البنت ، وكذا لو تزوج رجل مكاتبه فورثها ، أو بعضها ، انفسخ نكاحه

ويأتي ، إذا ملك الحر زوجته ، أو بعضها ، في باب المحرمات في النكاح .

قوله ﴿ وَيَجِبُ عَلَى سَيِّدِهِ أَنْ يُؤْتِيَهُ رُبُعَ مَالِ الْكِتَابَةِ . إِنْ شَاءَ وَضَعَهُ عَنْهُ ، وَإِنْ شَاءَ قَبَضَهُ ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَيْهِ ﴾

الصحيح من المذهب : وجوب إيتاء العبد ربع مال الكتابة . وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب

وذكر في الروضة رواية — وقدمها — أنه لا يجب ، وأن الأمر في الآية للاستحباب

وظاهر مختصر ابن رزين أن فيه خلافاً فإنه قال . وعنه يعتق بملك ثلاثة أرباعها ، إن لزم إيتاء الربع

قال في الفائق قلت وفي وجوبه نظر ، للاختلاف في مدلول الآية ، وفي التقدير انتهى

قلت . ظاهر الآية وجوب الإيتاء ، لكن ذلك غير مقدر فأي شيء أعطاه فقد سقط الوجوب عنه وامتثل وقد فسرها ابن عباس رضي الله عنهما بذلك .

هذا ما لم يصح الحديث[1] فإن صح الحديث فلا كلام

فائدة : إن أعطاه السيد من جنس مال الكتابة لزمه قبوله على الصحيح من المذهب

وقيل : لا يلزمه إلا إذا كان منها ، لظاهر الآية

وإن أعطاه من غير جنسها ، مثل أن يكاتبه على دراهم ، فيعطيه دنانير ، أو عروضاً ، يلزمه قبوله ، على الصحيح من المذهب

وقيل : يلزمه . وهو احتمال في المغني ، والشرح

قلت والنفس تميل إلى ذلك

قوله ﴿ وإنْ أدّى ثلاثة أرْباعِ المَالِ ، وعجز عَن الرُّبعِ : عَتَقَ ، وَلَمْ تنفسخ الكِتَابَةُ في قولِ القاضي وأصْحَابِهِ ﴾ .

---

(١) هو ما رواه أبو بكر الخلال — عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ربع الكتابة » اهـ كشاف القناع

واختاره أبو بكر. قال في الكافي، قال أصحابنا: إذا أدى ثلاثة أرباع كتابته، وعجز عن الربع: عتق.

قال في الهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم: إذا أدى ثلاثة أرباع المال وعجز عن الربع: لم يجز للسيد الفسخ.

وظاهر كلام الخرقي: أنه لا يعتق حتى يؤدي جميعها.

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله، وهو المذهب.

قال في المستوعب: هي المشهورة، وجزم به في الوجيز، وقدمه في الكافي، واختاره المصنف، وغيره.

قال في المحرر: وظاهر قول أبي الخطاب: عدم العتق، ومنع السيد من الفسخ.

وقد تقدم لفظه في الهداية وغيره.

وقال في الفروع: فإن أدى ثلاثة أرباع المال، وعنه أو أكثر منه، وعجز عن الباقي: لم يعتق، ولسيده فسخها في أصح الروايتين فيهما.

وقال في الترغيب: وفي عتقه بالتقاص روايتان، ولم يذكر العجز.

قال: ولو أبرأه من بعض النجوم، أو أداه إليه: لم يعتق به على الأصح، وأنه لو كان على سيده مثل النجوم: عتق على الأصح. انتهى.

وقال في الفائق: ولو أدى ثلاثة أرباعه وعجز عن ربعه: لم يعتق في أحد الوجهين. اختاره الشيخ.

وقال أبو بكر، والقاضي: يعتق، وللسيد الفسخ: نص عليه، وقيل: لا. انتهى.

وقال في الرعايتين: فإن أدى ثلاثة أرباعه، وعجز عن ربعه: لم يعتق في الأصح، ولسيده الفسخ: نص عليه، وقيل: لا.

وقال في الحاوي الصغير: فإن أدى ثلاثة أرباعه، وعجز عن ربعه: لم يعتق في الأصح، ولسيده الفسخ: نص عليه.

وقال أبو بكر : يجر للسيد الصحيح .

وصحح في النظم : أنه لا يعتق وتملك الصحيح . نص عليه

وقال أبو الخطاب : لا يملك

قوله ﴿ وَإِنْ كَاتَبَ عَبِيدًا لَهُ كِتَابَةً وَاحِدَةً بِعِوَضٍ وَاحِدٍ : صَحَّ . وَيُقْسَطُ الْعِوَضُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ قِيَمِهِمْ ﴾ يوم العقد ﴿ وَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُكَاتَبًا بِقَدْرِ حِصَّتِهِ ، يَعْتِقُ بِأَدَائِهَا . وَيَنْحَجِرُ بِالْحَجْرِ عَنْهَا وَحْدَهُ ﴾

وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب

قال في القواعد الفقهية : حتى القاضي ، وأصحابه وجزم به في الوجيز وغيره وقدمه في الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، والمغني ، والشرح ، وغيرهم وقالا هذا أصح . قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب

قال أبو بكر : العوض بينهم على عددهم ولا يعتق واحد منهم ، حتى يؤدي جميع الكتابة . واختاره ابن أبي موسى

قال في القاعدة الثانية عشر بعد المائة : ونقل مهنا ما يشهد لذلك وذكر الاختلاف في مأخذ هذا القول .

فائدة : لو شرط عليهم في العقد ضمان كل واحد منهم عن الباقين : فسد الشرط ، وصح العقد قدمه في المغني ، والشرح ، والرعاية .

وعنه : صحة الشرط أيضاً . ذكرها أبو الخطاب .

وخرجه ابن حامد وجها ، بناء على الروايتين في ضمان الجعل في الكتابة ، على ما تقدم في باب الضمان .

ويذكرون المسألة هنا كثيراً

قوله ﴿ وإن اختلفوا بعد الأداء في قدر ما أدى كل واحد منهم ، فالقول قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه ﴾

جزم به في الفروع . والنظم .

قال الشارح : هذا إذا أدوا وعتقوا ، فقال من كثرت قيمته : أديت على قدر قيمتي . وقال الآخر : أديت على السواء ، فيقبل قول من على الأكثر قيمة نقبة .

فمن حمل العوض بينهم على عددهم ، قال : القول قول من يدعي التسوية .

ومن جعل على كل واحد قدر حصته : فعنه وجهان

أحدهما : القول قول من يدعي التسوية .

والثاني : القول قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه .

وجزم بهذا القول : العمدة ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادي الصغير ، والنظم

وأصح الوجهين في الرعايتين ، والفائق ، وقال وقيل : يصدق من ادعى أداء ما عليه إذا أشكر ما أدى

قوله ﴿ ويجوز له أن يكاتب بعض عبده فإذا أدى عتق كله ﴾

قاله أبو بكر وجزم به في المغني ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم

فإن كان كاتب نصفه : أدى إلى سيده مثلي كتابته لأن نصف كسبه يستحقه سيده عما فيه من الرق ، إلا أن يرضى سيده بدفع جميع عن الكتابة . فيصح

قوله ﴿ ويجوز كتابة حصته من العبد المشترك بغير إذن شريكه ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

واختار في الرعاية . أنه لابد من إذن الشريك إذا كان معسراً .

فائدة قوله ﴿ فَإِذَا أَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ وَمِثْلَهُ لِسَيِّدِهِ الآخَرِ : عَتَقَ كُلُّهُ ﴾ .

هذا صحيح ، لكن يكون لسيده من كسبه بقدر ما كوتب منه . على الصحيح من المذهب . جزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وعنه : يوماً ويوماً .

قوله ﴿ وإنْ أَعْتَقَ الشَّرِيكُ قَبْلَ أَدائِهِ عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ إنْ كَانَ مُوسِرًا . وعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ المُكاتَبِ ﴾

وهذا المذهب نص عليه في رواية بكر بن محمد . واختاره الخرقي . وحكاه القاضي في كتاب الروايتين عن أبي بكر . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في المغني ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، والنظم .

وقال القاضي : لا يسري إلى نصف المكاتب ، إلا أن يعجز ، فيقوم عليه حينئذ ، ويسري العتق .

قال المصنف ، والشارح : واختاره أبو بكر .

فعلى هذا : إن أدى كتابته عتق الباقي بالكتابة . وكان ولاؤه بينهما .

وعلى المذهب : يضمن للشريك نصف قيمته مكاتباً ، على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقي . وقدمه في المستوعب ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق . وصححه في النظم . وجزم به في المغني .

وعنه : يضمنه بالباقي من كتابته .

قال في المستوعب : قال ابن أبي موسى : فعلى هذه يكون الولاء بينهما . لكل واحد منهما بقدر ما عتق عليه . وجزم به الزركشي .

فكأن ابن أبي موسى قال : يعتق على من أدى إليه المكاتب بقدر ما أدى إليه . ويعتق الباقي على من أعتق . ويكون الولاء بينهما بقدر ما عتق على كل واحد منهما .

قوله ﴿ وَإِنْ كَاتَبَا عَبْدَهُمَا : جَازَ ، سواءٌ كان عَلَى التَّسَاوِي أَوِ التَّفَاضُلِ . ولا يَجُوزُ أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَيْهِمَا إِلَّا عَلَى التَّسَاوِي . فإذا كَمَلَ أَدَاءُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا قَبْلَ الآخَرِ عَتَقَ كُلُّهُ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَدَّى إِلَى أَحَدِهِمَا دُونَ صَاحِبِهِ : لَمْ يَعْتِقْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِ الآخَرِ فَيَعْتِقُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَعْتِقَ ﴾

قال الشارح : إذا كان العبد لاثنين فكاتباه معاً ، سواء تساويا في العوض أو اختلفا فيه ، وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلفا ، وسواء كان في عقد واحد أو عقدين صح

ثم قال : ولا يجوز أن يختلفا في التنجيم ، ولا في أن يكون لأحدهما من النجوم — قبل النجم الأخير — أكثر من الآخر في أحد الوجهين . لأنه لا يجوز أن يؤدي إليهما إلا على السواء ، ولا يجوز تقديم أحدهما بالأداء على الآخر واختلافهما في ميقات النجوم وقدر المؤدى يفضي إلى ذلك

والثاني : يجوز ، لأنه يمكن أن يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ، ويعطى من قل نجمه أكثر من الواجب له . ويمكن أن يأذن له أحدهما في الدفع إلى الآخر قبله ، أو أكثر منه

ثم قال : وليس للمكاتب أن يؤدي إلى أحدهما أكثر من الآخر . ذكره القاضي .

قال المصنف : لا أعلم فيه خلافاً

فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئاً : لم يصح القبض ، وللآخر : أن يأخذ منه حصته إذا لم يأذن له . فإن أذن ففيه وجهان . ذكرهما أبو بكر .

أحدهما : يصح . وهو أصح ، إن شاء الله تعالى

والثاني لا يصح . اختاره أبو بكر . انتهى كلام الشارح

وقال في المحرر : وإن كاتب اثنان عبدهما على التساوي ، أو التفاضل : جاز ، ولم يؤد إليهما إلا على قدر ملكيهما . فإن خص أحدهما بالأداء لم يعتق نصيبه . إلا أن يكون بإذن الآخر . فإنه على وجهين . انتهى

فقول المصنف « وإذا أدى كل أدائه إلى أحدهما قبل الآخر - عتق كله عليه » يعني إذا كانا معسرين وكل موسرا

وقوله « وإن أدى إلى أحدهما دون صاحبه - إلى آخره » محمول على ما إذا كاتبه كتابة واحدة ، بأن يوكلا من يكاتبه ، أو يوكل أحدهما الآخر فيكاتبه صفقة واحدة

فكلام المصنف فيه إبهام

وتحرير المسألة : ما قاله في الهداية ، والمذهب والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، وغيرهم : أنهما إذا كاتباه معسرين ، فأدى إلى أحدهما ما كاتبه عليه ، أو أبرأه من حصته . عتق نصيبه خاصة ، إن كان معسراً وإن كان موسراً عتق عليه جميعه ، ويكون ولاؤه له ، وضمن حصة شريكه

وإن كاتباه كتابة واحدة . فأدى إلى أحدهما بقدر حقه بغير إذن شريكه ، يعتق منه شيء . فإن أدى بإذن شريكه فهل يعتق نصيب المؤدى إليه ؟ على وجهين

ويحمل كلام المصنف الأخير هنا على ذلك .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب والمستوعب ، والمغني ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

فقدم المصنف هنا : أنه يعتق نصيب المؤدى إليه . وهو المذهب وقدمه في الخلاصة ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم وصححه المصنف ، والشارح ، والناظم .

قال ابن منجا : هذا المذهب

ويحتمل أن لا يعتق ولا أدى له الآخر وهو الوجه الثانى واختاره أبو بكر

على المذهب : إذ أدى ما عليه من مال الكتابة بدون الآخر : عتق نصيبه .

ويسرى إلى باقيه إن كان موسراً وعليه قيمة حصة شريكه وهذا قول الخرقى ،

وغيره ويضمنه فى الحال بنصف قيمته مكاتباً مبقى على ما بقى من كتابته .

وولاؤه كله له .

وقال أبو بكر ، والقاضى . لا يسرى العتق فى الحال ، وإنما يسرى عند عجزه

على قولهما : يكون باقيه على الكتابة . فمن أدى إلى الآخر عتق عليهما ،

وولاؤه هما . وما بقى فى يده من كسبه فهو له وإن عجز وفسخت كتابته : قوم

على الذى أدى إليه . وكان ولاؤه كله له

فائدتان

إحداهما : قال القاضى : وعلى قول أبى بكر فى دين بين اثنين أدى أحدهما

للآخر فى قدر نصيبه : لا يقبض إلا بقسط حقه منه .

وقال أبو الخطاب : لا يرجع الشريك فى الأصح ، كما لو قبض .

الثانية : لو كاتب ثلاثة عبداً ، فأدى الأداء إليهم . فأنكره أحدهم :

شاركهما فيما أقرا بقبضه قاله الأصحاب : الخرقى ، فمن بعده . ونص الإمام أحمد

رحمه الله : تقبل شهادتهما عليه وقطع به الخرقى ، وغيره وهو المذهب

وقال فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، وغيرهم : قياس المذهب لا تقبل شهادتهما

عليه . واختاره ابن أبى موسى ، وصاحب الروضة .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى الْكِتَابَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُنْكِرُهَا ﴾

بلا نزاع .

وقوله ﴿ وإن اختلفا فى قدر عوضها فالقول قول السيد ﴾

فى إحدى الروايتين وهو المذهب

قال القاضى هذا المذهب . نص عليه فى رواية الكوسج

وجزم به الخرقى ، وصاحب العمدة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والمستوعب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

وصححه فى النظم وغيره وهو من مفردات المذهب .

وعنه : القول قول المكاتب اختاره جماعة منهم : الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب — فى خلافيهما — والشيرازى . وصححها ابن عقيل فى التذكرة .

وعنه : يتحالفان اختاره أبو بكر وقال اتفق الشافعى وأحمد رحمهما الله على أنهما يتحالفان وتفرادان وأطلقهن فى الفائق ، والزركشى .

فعلى رواية التحالف : إن تحالفا قبل العتق فسخ العقد ، إلا أن يرضى أحدهما فإن صالحه وإن تحالفا بعد العتق رجع السيد عليه ورجع العبد على أداه

قوله ﴿ وإن اختلفا فى وفاء مالها فالقول قول السيد ﴾ بلا نزاع

قوله ﴿ فإن أقام العبد شاهدا ، وحلف معه أو شاهدا وامرأتين . ثبت الأداء ، وعتق ﴾ .

هذا المذهب مطلقا وعليه لأصحابه بناه على أن المال ، وما يقصد به المال : يقبل فيه شاهد ويمين على ما تقدم وخلاف بينهما هنا فى أداء المال

وجزم به فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والوجيز ، وغيرهم وقدمه فى الفروع ، وغيره

وقيل : لا يقبل فى النجم الأخير إلا رجلان نقله حرب العتق على شهادتهما وبناه على أن العتق لا يقبل فيه إلا رجلان ذكره فى الترغيب وغيره

قوله ﴿ والكِتابةُ الفاسِدةُ ، مثلُ أنْ يُكاتِبَهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ ، يَغْلِبُ فِيهَا حُكْمُ الصِّفَةِ ﴾ .

وكذا لو كان العوض مجهولا ، أو شرط فيها ما ينافيها — وقلنا : يفسد بفساد الشرط في وجه — على ما تقدم — يغلب حكم الصفة في كل ذلك ، في أنه إذا أدى عتق ، ولكل واحد منهما الفسخ ، فهي جائزة من الطرفين .

وهذا المذهب في ذلك كله ، وعليه أكثر الأصحاب ، منهم القاضي ، وأصحابه ، قاله في القواعد الأصولية .

وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وصححه في النظم وغيره .

وجزم به في المحرر ، والوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعاية ، والحاوي ، وغيرهم .

وعنه : بطلان الكتابة مع تحريم العوض ، اختاره أبو بكر ، وابن عقيل .

قال في القاعدة السابعة والأربعين : وهو الأظهر .

قال في القواعد الأصولية : المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أن العقد يبطل من أصله ، وأول القاضي وأبو الخطاب النص .

وقال القاضي في الخلاف الكبير : المغلب في الكتابة على عوض مجهول : المعاوضة بدليل أنه يعتق بالأداء إلى الوارث .

فائدتان

إحداهما : قال في القواعد الأصولية : قول الأكثرين « إن الكتابة إذا لم تكن منجمة باطلة من أصلها » مع قولهم في الكتابة على عوض مجهول ﴿ يُغْلَبُ فِيهَا حُكْمُ الصِّفَةِ ﴾ مشكل جداً ، وكان الأولى — إذا كان العوض معلوماً — أن يغلب فيها حكم الصفة أيضاً .

الثانية : قال المصنف — وتبعه الشارح وغيره — : إذا كانت الكتابة الفاسدة بعوض محرم ، فإنها تساوي الصحيحة في أربعة أحكام .

أحدها : أنه يعتق بأداء ما كوتب عليه مطلقاً .

الثاني : إذا أعتقه بالأداء ، لم يلزمه قيمة نفسه ، ولا يرجع على سيده

الثالث : يملك المكاتب التصرف في كسبه وله أخذ الصدقات والزكوات .

الرابع : إذا كاتب جماعة كتابة فاسدة وأدى أحدهم حصته : عتق على قول من قال : إنه يعتق في الكتابة الصحيحة بأداء حصته ، ومن لا فلا هنا .

وتفارق الصحيحة في ثلاثة أحكام

أحدها : إذا أبرأه لم يصح ولم يعتق على الصحيح من المذهب واختار في الانتصار إن أتى بالتعليق لم يعتق بالإبراء وإلا عتق .

الثاني : لكل واحد منهما فسخها

الثالث . لا يلزم السيد أن يؤدي إليه شيئاً من الكتابة . على الصحيح من المذهب ، جزم به في المغني ، والشرح ، والوجيز

والوجه الثاني : يلزمه وأطلقهما في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق .

قوله (وتنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر للسفه) .

وهو المذهب . جزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافي ، والخلاصة

قال ابن منجا في شرحه . هذا المذهب . وقاله القاضي وأصحابه في لا تصح بالموت .

وقال أبو بكر : لا تصح بالموت ، ولا بالجنون ، ولا بالحجر . ويعتق بالأداء إلى ورثته

قال المصنف : والأولى . أنها لا تبطل بالحجر والجنون ، وأطلقهما في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق .

قوله ﴿ وَإِنْ فَضَلَ عَنِ الأَدَاءِ فَضْلٌ : فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ﴾

يعني : في الكتابة الفاسدة ، وهو المذهب ، اختاره المصنف ، والشارح ، وابن عبدوس في تذكرته ، وأبو الخطاب .

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم ، والوجيز ، وقدمه في الشرح

وقال القاضي : هذا في المكاتب ، وما يكسبه ، وما يحصل في يده بعد الأداء : فهو له وأطلقهما في المحرر ، والفروع ، والفائق

وأطلق في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم ، والفائق : الوجهين فيما يكسبه .

وكلامه في الرعايتين ، والحاوي كالمتناقض فإنهما جزما بأن سيده أحق بما معه قبل الأداء وما حصل بعده وقالا قبل ذلك : وفي تبعية المكسب وجهان

قوله ﴿ وَهَلْ يَتْبَعُ المُكَاتَبَةَ وَلَدُهَا فِيهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا

أحدهما : لا يتبعها . قال المصنف في المغني ، والشرح : هذا أقيس وأصح

وكذا قال ابن رزين في شرحه

الثاني يتبعها . قدمه في الكافي

وصححه في التصحيح وجزم به في الوجيز

قال في القاعدة الحادية والعشرين : إن قلنا هو جزء منها تبعها ، وإن قلنا هو كسب : ففيه وجهان . بناء على سلامة الأكساب في الكتابة الفاسدة

فائدة هل تصير أم ولد إذا أولدها فيها أم لا ؟ على وجهين .

وأطلقهما في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، والنظم

وفي الصحة هنا وجه ، ذكره القاضي ، وابن منجا في غيره

باب أحكام أمهات الأولاد

تنبيه: عموم قوله ﴿ وإذا علقت الأمة من سيدها ﴾

يشمل: سواء كانت فراشاً، أو مزوجة. وهو صحيح. وهو المذهب. جزم به في المغني، والشرح. وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب. وقدمه في الفروع.

ونقل حرب، وابن أبي حرب - فيمن أولد أمته المزوجة -: أنه لا يلحقه الولد.

فائدة: في إثم واطئ أمته المزوجة جهلاً وجهان. وأطلقهما في الفروع.

قلت: الصواب عدم الإثم. وتأثيمه ضعيف.

قوله ﴿ فوضعت منه ما تبين فيه بعض خلق الإنسان: صارت بذلك أم ولد ﴾.

هذا المذهب. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب.

وجزم به في الهداية، والمنهج، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر، والنظم، والفائق، والمنور، وغيرهم. وقدمه في الفروع.

وعنه: لا بد أن يكون له أربعة أشهر. واحتج بحديث ابن مسعود رضي الله عنه «في عشرين ومائة يوم ينفخ فيه الروح[1]» وتنقضي به العدة. وتعتق الأمة إذا دخل في الخلق. [illegible]

وقدمه في الإيضاح. ستة أشهر.

ونقل الميموني: إن لم تضع، وتبين حملها في بطنها: علقت، وأنه يمنع من نقل الملك لما في بطنها حتى تعلم.

قوله ﴿ فإذا مات: عتقت، وإن لم يملك غيرها ﴾ هذا بلا نزاع.

ومحل هذا: إذا لم يجز بيعها على المذهب.

---

(١) هو حديث الصادق المصدوق. متفق عليه.

أما إن جاز بيعه فقطع المصنف وغيره بأنه لا تعتق بموته

قال الزركشي : وظاهر إطلاق غيره يقتضي العتق ولهذا قدمه ابن حمدان فقال وقيل : إن جاز بيعها لم تعتق عليه بموته

وفي بعض ذلك عند ذكر الخلاف في جواز بيعها

قوله (وإن وصمت وسمًا لا تخطيط فيه ، مثل المصمة : فعلى روايتين) .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغني ، والمحرر ، والشرح ، والناظم ، والحاوي الصغير

إحداهما - لا تصير بذلك أم ولد وهو المذهب وهو ظاهر كلام الخرقي

وصححه في النظم وهو ظاهر ما قدمه في الرعاية الكبرى . وقدمه في الفروع

والرواية الثانية تصير به أم ولد صححه في التصحيح . وقدمه في الرعاية الصغرى ، والخلاصة وقال لا تنقضي به العدة وجزم به في الوجيز

قال في المذهب فإن وصمت وسمًا لا تخطيط فيه ، فقال الثقات من القوابل : هو مما يخلق لإنسان ، فيه ثلاث روايات

إحداهن . لا تصير أم ولد والثانية تصير والثالثة تصير أم ولد ، إلا أن العدة فيها لا تنقضي بذلك

وقال في الرعاية الكبرى ، وقيل . إن وصمت قطعة لحم لم يتبين فيها خلق آدمي : فثلاث روايات

الثالثة : تعتق ، ولا تنقضي به العدة انتهى

وقيل تعتق عنده تصير به أم ولد ، وإن كان علقة

وقيل : تصير أم ولد ، لا تنقضي به العدة انتهى .

وقيل : لا تصير أم ولد ، ولا تنقضي به عدتها ذكره أيضًا .

قال المصنف ، والشارح إذا وصمت مصمة لم يظهر فيها شيء من خلق

الآدمى ، فشهدت ثقات من القوابل أن فيها صورة خفية : تسلقت بها الأحكام .

وجزم به الزركشى . وإن لم يشهدن بذلك ، لكن علم أنه مبدأ خلق آدمى بشهادتهن أو عادتهن : فيه روايتان .

فهذه الصورة محل الروايتين . وكذا قد يؤخذ من كلام المصنف بذلك .

تنبيه . ظاهر كلام المصنف : أنها لا تصير أم ولد بوضع علقة . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : تصير أم ولد بوضعها أيضاً . وعن عليه فى رواية مهنا ، ويوسف بن موسى

وقدم الأول فى الرعاية الكبرى . وقدم كلامه فى العلقة .

قوله (وإنْ أصابها فى مِلْكِ غيرِهِ بنكاحٍ أو غيرِهِ ، ثُمَّ مَلَكَها حاملاً : عَتَقَ الجنينُ ولمْ تصرْ أمَّ ولدٍ) .

هذا المذهب . قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال فى الفائق . هذا المذهب . ورواه إسحاق بن منصور عن الإمام أحمد رحمه الله . وكلام الخرقى يقتضى ذلك

وجزم به القاضى فى الجامع الصغير ، والشريف ، وأبو الخطاب — فى خلافيهما — وابن عقيل فى التذكرة ، والشيرازى فى المنهج ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم

واختاره المصنف ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والفروع ، والفائق

وصححه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير

وعنه : تصير أم ولد ، ولو كان قد ملكها بعد وضعها منه . نقلها ابن أبى موسى .

قال المصنف : ولم أجد هذه الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله . إلا نقل مهنا عنه موقف

وعنه : تصير أم ولد إذا ملكها حاملا ، بشرط أن يطأها فيه . واختارها أبو الخطاب .

وقال القاضي : إن ملكها حاملا ، ولم يطأها حتى وضعت : لم تصر أم ولد

وإن وطئها حال حملها فإن كان بعد أن كمل الولد ، وصار له خمسة أشهر : لم تصر بذلك أم ولد أيضاً

وإن وطئها قبل ذلك ، صارت أم ولد . وجزم به في الفصول

وقال ابن حامد : تصير أم ولد إذا ملكها حاملا ، بشرط أن يطأها في ابتداء الحمل أو توسطه

وقيل : إنه روي عن الإمام أحمد رحمه الله . وهو قريب من قول القاضي .

فعلى الرواية الأولى والثانية : لو أقر بولد من أمته أنه ولده ، ثم مات ولم يبين — هل استولدها في ملكه أو قبله ، وأمكن — ففي كونها أم ولد وجهان

وأطلقهما في المحرر ، والفروع ، والفائق ، والنظم هنا

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، وشرح ابن منجا في آخر كتاب الإقرار

وهما احتمالان في الهداية ، والمذهب

أحدهما : تكون أم ولد . وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير . وصححه أيضاً في الرعاية — في آخر الباب — وإدراك الغاية

والثاني : لا تكون أم ولد . صححه في التصحيح ، والنظم . وجزم به في الوجيز ، في آخر كتاب الإقرار

فعلى هذا : تكون له عليه الولاء . وفيه نظر . قاله في المغني

وتأتي المسألة في كلام المصنف في آخر كتاب الإقرار

فائدة حسنة : لو قال لجاريته « يدك أم ولدي » أو قال لولدها « يدك ابني » صح . ذكره في الانتصار في طلاق حرة . واقتصر عليه في الفروع

تنبيه: ظاهر قوله ﴿أَوْ غَيْرِهِ﴾

أن الخلاف شامل لما لو وطئها بزنا ثم ملكها.

وقد صرح به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

وقال الشريف، وأبو الخطاب، والمصنف، والشارح: إذا أصابها بذلك فإنها لا تصير أم ولد بذلك قولاً واحداً.

فائدة: نص الإمام أحمد رحمه الله - فيمن اشترى جارية حاملاً من غيره فوطئها - أن الولد لا يلحق بالواطئ، ولكن يعتق عليه. لأن الماء يزيد في الولد. وجزم به في المغني، والشرح، والفائق، والروضة، وغيرهم. ونقله الأثرم، ومحمد ابن حبيب. ونقل صالح وغيره. لزمه عتقه فيعاني بها.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يستحب ذلك. وفي وجوبه خلاف في مذهب الإمام أحمد رحمه الله وغيره.

وقال أيضاً: يعتق ويحكم بإسلامه، وأنه يسري كالعتق. ولا يثبت نسبه.

تنبيه: تقدم في آخر باب قسمة الغنائم «إذا وطئ جارية من المغنم، ممن له فيها حق، أو لولده، فأولدها» ما حكمه؟

وتقدم في باب الوقف «إذا وطئ الجارية الموقوفة عليه فأحبلها» وحكمها.

وتقدم في باب الهبة «إذا أحبل جارية ولده» في فصل «وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء».

قوله ﴿وَأَحْكَامُ أُمِّ الْوَلَدِ: أَحْكَامُ الْأَمَةِ فِي الْإِجَارَةِ وَالِاسْتِخْدَامِ وَالْوَطْءِ وَسَائِرِ أُمُورِهَا، إِلَّا فِيمَا يَنْقُلُ الْمِلْكَ فِي رَقَبَتِهَا كَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالْوَقْفِ، أَوْ مَا تُرَادُ لَهُ، كَالرَّهْنِ﴾

الصحيح من المذهب أنه لا يجوز ولا يصح بيع أم الولد. وعليه الجماهير

لأصحاب ونص عليه . وقطع به كثير منهم . وحكى جماعة الإجماع على ذلك .

وعنه : ما يدل على جواز بيعها مع الكراهة . ولا عمل عليه .

قلت : قال في الفنون : يجوز بيعها . لأنه قول علي بن أبي طالب وغيره من الصحابة رضي الله عنهم . وإجماع التابعين لا يرفعه . واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله .

قال في الفائق : وهو الأظهر .

قال : فيعتق بوفاة سيدها من نصيب ولدها إن كان لها ولد ، أو بعضها مع عدم سعته . ولو لم يكن لها ولد فكأثر رقيقه . وكذا قال في المغني ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفائق .

قال في الفروع — بعد ذكر الرواية — فقيل : لا يعتق بموته .

وبقي هذه الرواية في الحاوي الصغير ، ولم يثبتها وأولها .

وحكى بعضهم هذا القول إجماع الصحابة .

وتقدم في أواخر التدبير : أنه لا يصح تدبيرها ، على الصحيح من المذهب .

وتقدم في أوائل كتاب الوقف : هل يصح وقف أم الولد أم لا ؟

وتقدم أيضاً في أواخر باب الهبة : هل يصح هبة أم الولد أم لا ؟ فليراجعا .

فائدة : هل هذا خلاف شبهة ؟ فيه نزاع . والأقوى فيه شبهة .

قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله . وأنه يبنى عليه : لو وطئ معتقداً تحريمه ، هل يلحقه نسبه ، أو يرجم محصن ؟ أما التعزير : فواجب . انتهى . وتابعه في الفروع .

قوله ﴿ ثُمَّ إِنْ وَلَدَتْ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا ، فَلِوَلَدِهَا حُكْمُهَا فِي العِتْقِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، سَوَاءٌ عَتَقَتْ أَوْ مَاتَتْ قَبْلَهُ ﴾ .

يعني : إذا ولدت من زوج أو غيره ، بعد أن صارت أم ولد من سيدها وسواء عتقت أمه قبل موت السيد ، أو ماتت في حياة السيد . فإن حكم الولد

حكمه ؛ إن مات سيدها عتق معه ويجوز فيه من التصرفات مايجوز فيها ويمتنع فيه مايمتنع فيها .

وكذا ولد المدبرة لاتبطل الحكم فيه بموت أمه حرم له فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما

وقال فى الانتصار : هل يبطل عتق المدبر وأم الولد بموتهما قبل السيد أم لا ؟ لأنه لامال لهما

اختلف كلامه فيه وبعضهم احكى فى ولدها .

وقال فى القاعدة الثانية والثلاثين : على القول بأن ولد المدبرة مدبر : قال الأكثرون : يكون مدبراً بنفسه ، لا بطريق التبع . وقد نص على أن الأم لو عتقت فى حياة السيد : لم يعتق الولد حتى تموت

فعلى هذا لو رجع فى تدبير الأم — وقلنا له ذلك — بقى الولد مدبرا وهذا قول القاضى ، وابن عقيل

وقال أبو بكر : هو تبع محض إن عتقت عتق وإن رقت رق . وهو ظاهر كلام أبى موسى انتهى

وتقدم ذلك فى باب المدبر عند قوله « وما ولدت المدبرة » بعد تدبيرها : فهو بمنزلتها »

أما ولد المكاتبة إذا مات : فيه يعود رقيقا

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ ثُمَّ إِنْ ولدتْ ﴾ .

أن الولد لو كان موجود قبل إلادهم من سيدها . لايعتق بموت السيد وهو صحيح وهو مذهب

قال فى الفروع : لايعتق على الأصح وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما

وعنه يعتق خرجها بعضهم والشارح من ولد المدبرة الذى كان قبل التدبير ، على مانقدم فى ذلك

قوله ﴿ وإن مات سيدها وهي حامل منه، فهل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين ﴾

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغني، والشرح، وشرح ابن منجا، والزركشي، وغيرهم.

أحدهما: تستحق النفقة. صححه في التصحيح

قال في الرعايتين، والحاوي الصغير: لها النفقة على أصح الروايتين. وجزم به في الوجيز

والرواية الثانية: لا تستحق. هذا يشمله ما لو مات عن امرأة حامل، هل تستحق النفقة مدة حملها ؟ على روايتين

ومبنى الخلاف على الخلاف في نفقة الحمل. هل هي للحمل، أو للحامل ؟.

فمن قال: هي للحمل. فلا نفقة لها ولا للأمة الحامل. لأن الحمل لا نصيب له في الميراث

ومن قال: هي للحامل، فالنفقة على الزوج، أو السيد. انتهى

قلت: ومأتى في كلام المصنف في كتاب النفقات ؟ هل حب النفقة لحملها، أو لها من أجله ؟ على روايتين ؟ والصحيح من المذهب أنها حب للحمل

قوله ﴿ وإذا جنت أم الولد، فداها سيدها بقيمتها أو دونها ﴾

يعني: إذا كان ذلك قدر أرش جنايتها. وهذا المذهب.

قال الزركشي، وابن منجا: هذا المذهب. وجزم به الخرقي، وصاحب الوجيز. وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والحاوي الصغير

وعنه: عليه فداؤها بأرش الجناية كلها. حكاها أبو بكر. وقدمه في النظم والفائق. وأطلقهما في المحرر

فعلى المذهب : يفديها بقيمتها يوم الفداء . قاله الأصحاب . وتجب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد

قوله ﴿ وَإِنْ عَادَتْ فَجَنَتْ فداها أيضاً ﴾

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب

قال الزركشي : هذا المشهور من الروايتين ، والمختار لعامة الأصحاب : أبي بكر ، والقاضي ، وأصحابه ، والمصنف ، وغيرهم . حتى قال أبو بكر : ولو جنت ألف مرة . وقطع به الخرقي ، وصاحب الوجيز ، والسور ، وغيرهم .

وقدمه في الهداية ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم ، والفروع والفائق ، والمغني ، والشرح ، والنصراء .

قال ابن منجا : هذا المذهب

وعنه : يتعلق الفداء الثاني وما بعده بذمتها . حكاه أبو الخطاب . وقدمه في المستوعب ، والترغيب . وأطلقهما في المذهب

وقال في الفائق ، قلت : المختار عدم إلزامه جنايتها .

فعلى الرواية الثانية . قال في الرعاية ، قلت : يرجع الثاني على الأول بما يخصه مما أخذه

تنبيه : أطلق المصنف هذه الرواية . وكذا أطلقها أبو الخطاب في الهداية ، والمصنف في الكافي ، والمجد في المحرر ، وغيرهم .

وقيدها القاضي في كتاب الروايتين ، والمصنف ، والمغني ، والشارح ، حاكين ذلك عن أبي الخطاب ، وابن حمدان في رعايتيه بما إذا فداها أولاً بقيمتها .

قال الزركشي : ومقتضى ذلك : أنه لو فداها أولاً بأقل من قيمتها : لزمه فداؤها ثانياً بما بقي من القيمة بلا خلاف

فائدة : قال المصنف ، والشارح : وإن جنت جنايات ، وكانت كلها قبل

فداء شيء منها : تعلق أرش الجميع برقبتها ولم يكن على السيد في الجنايات كلها إلا قيمتها ، أو أرش جميعها ، وعليه الأقل منهما .

ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم ، فإن لم يف بها : تحاصوا فيها بقدر أروش جناياتهم .

تنبيه : قوله ﴿ وإنْ قتلتْ سيِّدها عمْدًا ، فعليْها القصاص ﴾

مقيد بما إذا لم يكن لها منه ولد ، فإن كان لها منه ولد : لم يجب القصاص على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب .

وقد صرحوا به في باب شروط القصاص بقولهم : ومتى ورث ولده القصاص أو شيئًا منه : سقط القصاص ، فلو قتل امرأته ، وله منها ولد ، سقط عنه القصاص

ونقل مهنا : قتلها أولاده من غيرها

قال المصنف ، والشارح : وهي مخالفة لأصول مذهبه ، والصحيح : لا قصاص عليها

قال في الرعاية : وولده ـ مع فقد أبيهم ـ : القود ، وقيل : مطلقا

قوله ﴿ فإنْ عفوْا على مالٍ ، أوْ كانتِ الجنايةُ خطأً ، فعليْها قيمةُ نفسِها ﴾ .

هذا إحدى الروايتين ، وهو قول الخرقي ، والمصنف في كتبه ، والقاضي ، وجماعة من أصحابه

والصحيح من المذهب : أنه يلزمها الأقل من قيمتها أو ديته ، نص عليه

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، وسلوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والوجيز ، والقواعد الفقهية ، وغيرهم ، وقدمه في الفروع

قال ناظم المفردات :

إن قتلت في الحكم أم الولد ... سيدها في خطأ للرشد

أو كان عمداً فعفوا بطل ... قيمتها تلزم في المقال

أو دية ، فأنقص الأمرين ... تلزمها إذ ذاك في الحالين

قال الزركشي : ولعل إطلاق الأولين محمول على الغالب ، إذ الغالب أن قيمة الأمة لا تزيد على دية الحر . انتهى

قال الأصحاب : سواء قلنا الدية تحدث على ملك الورثة أو لا

وفي الروضة : دية الخطأ على عاقلتها ، لأن عبد آخر حر مات من السيد عتقت ووجب الضمان

فائدة : وكذا إن قتلته المدبرة — وقلنا تعتق — على ما تقدم في آخر باب المدبر

قوله (وتعتِقُ في الموضعَيْنِ)

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب

قال الزركشي : فيما عللوه به نظر ، لأن الاستيلاد كما أنه سبب للعتق بعد الموت ، كذلك النسب سبب للإرث ، فكما جاز تخلف الإرث مع قيام السبب بالنص ، فكذلك ينبغي أن يتخلف العتق مع قيام سببه ، لأنه مثله

وقد قيل في وجه الفرق : إن الحق — وهو الحرية — لغيرها ، فلا يسقط بفعلها بخلاف الإرث ، فإنه محض حقها

وأورد عليه المدبرة ، فبطل تدبيرها إذا قتلت سيدها ، وإن كان الحق لغيرها وأجيب بضعف السبب في المدبرة

قوله (ولا حدّ على قاذِفِها) .

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب ، ونص عليه

وعنه : عليه الحد ، وعنه : عليه الحد ، إن كان لها ابن ، لأنه أراده

قال الزركشي : وينبغي إجراء الروايتين فيما إذا كان لها زوج حر ، وكذلك ينبغي إجراؤهما في الأمة القن .

ونظير ذلك : لو قذف أمة ، أو ذمية لها ابن أو زوج مسلمان فهل يحد ؟ على روايتين ذكرهما المجد وغيره .

وينبغي أن يقيد الابن والزوج بأن يكونا حرين انتهى .

قوله ﴿ وإذا أسلمت أم ولد الكافر ، أو مدبرته : منع من غشيانها وحيل بينه وبينها ﴾ بلا نزاع .

ومقتضى ذلك : أن ملكه باق عليهما ، وأنهما لم يعتقا .

أما في أم الولد : فهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب

قال الزركشي : وهو المذهب المجد لأبي بكر ، والقاضي ، وأبي الخطاب ، والشريف ، والشيرازي ، وغيرهم .

وصححه المصنف ، والشارح ، وغيرهما

قال ابن منجا : هذا المذهب

وقدمه في المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم

وعنه : تعتق في الحال بمجرد إسلامها نقلها مهنا قاله المصنف في الكافي

قال الزركشي : ولا أعلم له سلفا في ذلك

وعنه : أنها تستسعى في حياته وتعتق . نقلها مهنا . قاله القاضي . ولم يثبتها أبو بكر فقال : أظن أن أبا عبد الله أطلق ذلك لمهنا ، على سبيل المناظرة للوقت

وأما المدبرة : فحكمها حكم المدبر إذا أسلم وقد ذكره المصنف في باب التدبير وتقدم الكلام على ذلك مستوفى فليراجع

وظاهر كلام المصنف : أن رواية الاستسعاء عائدة إلى أم الولد والمدبرة والمنقول : أنها في أم الولد . وحملها ابن منجا على ظاهرها . وحملها على القول بعدم جواز بيع المدبرة

قوله ﴿ وَأُخِذَ عَلَى نَفَقَتِهَا ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا كَسْبٌ ﴾

هذا المذهب اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقال المصنف : والصحيح أن نفقتها على سيدها ، والكسب له ، يصنع به ماشاء . وعليه نفقتها على الدوام ، سواء كان لها كسب أو لم يكن . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، واختاره الزركشى

قلت : وهو الصواب

وعنه : لا تلزمه نفقتها بحال ، وتسعى فى قيمتها . ثم تعتق كما تقدم .

وذكر القاضى : أن نفقتها فى كسبها ، والفاضل منه سيدها

فإن عجز كسبها عن نفقتها فهل لزم السيد تمام نفقتها ؟ على روايتين ، ومع القاضى جماعة من الأصحاب .

قوله ﴿ وَإِذَا وَطِىءَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْجَارِيَةَ ، فَأَوْلَدَهَا . صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ . وَوَلَدُهُ حُرٌّ . وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ﴾ .

لا يلزمه إلا قيمة نصيب الشريك فقط على الصحيح من المذهب جزم به فى الوجيز ، والمنور ، وهو ظاهر كلام الخرقى .

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

وعنه : يلزمه مع ذلك نصف مهرها

وعنه : يلزمه مع نصف المهر نصف قيمة ولدها

وقال القاضى : إن وضعته عند التقويم فلا شىء فيه . لأنها وضعته فى ملكه . وإن وضعته قبل ذلك ، فالروايتان ، واختار اللزوم قاله الزركشى .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا كَانَ فِي ذِمَّتِهِ ﴾

هذا المذهب . نص عليه . واختاره الخرقي ، وغيره . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، والمغني ، والشرح ، وغيرهم .

وعند القاضي في الجامع الصغير ، وأبي الخطاب في الهداية : إن كان معسراً لم يسر استيلاده فلا يقوم عليه نصيب شريكه بل يصير نصفها أم ولد ، ونصفها قن باق على ملك الشريك

فعلى هذا القول : هل ولده حر أو نصفه ؟ فيه وجهان

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والفروع

قلت : ظاهر كلام كثير من الأصحاب أنه حر كله

ثم وجدت الزركشي قال ذلك . قال ابن رزين في شرحه . وهو أصح .

قوله ﴿ فَإِنْ وَطِئَهَا الثَّانِي بَعْدَ ذَلِكَ ، فَأَوْلَدَهَا فَعَلَيْهِ مَهْرُهَا . فَإِنْ كَانَ عَالِمًا فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ ، وَإِنْ جَهِلَ إِيلَادَ شَرِيكِهِ ، أَوْ أَنَّهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ : فَوَلَدُهُ حُرٌّ وَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُ يَوْمَ الْوِلَادَةِ ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ ﴾

وهو المذهب . جزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره . وهذا مبني على الصحيح من المذهب في المسألة التي قبلها .

وعلى قول القاضي ، وأبي الخطاب تكون أم ولد لهما من مات منهما عتق حقه ويتكمل عتقها بموت الآخر .

وتقدم في باب الكتابة ما يشابه ذلك في قول المصنف « وإن كاتب اثنان جاريتهما ثم وطئاها » وما يشابهها أيضاً : ما إذا كاتب حصته ، وأعتق الشريك قبل أدائه فليراجع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ﴾

يعني : بعد حكمنا بأنها صارت أم ولد لهما على قول القاضي ، وأبي الخطاب

﴿وهُو مُوسِرٌ ، فهَلْ يُقوَّمُ عليْهِ نصيبُ شريكِهِ ؟ علَى وجْهيْنِ﴾

أحدهما : يقوم عليه ، وهو المذهب

قال في الفروع : مضموناً عليه على الأصح

قال المصنف ، والشارح : وهو أولى وأصح ، إن شاء الله تعالى .

قال ابن منجا في شرحه : وهو أصح وأقوى

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق

والوجه الثاني : لا يقوم عليه ، بل يعتق مجانا

وقيل : لا يعتق إلا ما أعتقه ، ولا يسري إلى نصيب شريكه ، والله سبحانه وتعالى أعلم

قد تم بحمد الله وحسن توفيقه ومعونته ، طبع الجزء السابع من كتاب الإنصاف ، وبعد أن فرغ الجزء الثالث من الأصل المخطوط بخط المصنف يسر الله تعالى وأعان على العثور على نسخة قيمة جداً مكتوبة في حياة المصنف ، على النسخة التي بخط المصنف ، وقد ساعد على تصويرها الأخ الصالح خادم العلم وطلبته الأستاذ الحاج فؤاد السيد ، أمين قسم المخطوطات بدار الكتب المصرية بارك الله فيه ، وأدام توفيقه

وبدأ إن شاء الله الجزء الثامن ، وأوله « كتاب النكاح » والله المستعان ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم . وصلى الله وسلم وبارك على إمام المهتدين وخاتم المرسلين محمد وعلى آله أجمعين

في يوم الاثنين ١٥ شعبان سنة ١٣٧٦ هـ
١٥ إبريل سنة ١٩٥٧ م

قاله
فقير عفو الله ورحمته
محمد حامد الفقي

فهرس

الجزء الثامن من كتاب الإنصاف

٣ كتاب النكاح

« معنى « النكاح » لغة وشرعا

٦ المعقود عليه في النكاح

« النكاح سنة

١٢ المرأة كالرجل في وجوبه

« هل يكتفى بمرة واحدة في العمر ؟

١٣ إذا زاحمه الحج الواجب

« الاكتفاء بالعقد استغناء بالباعث الطبعي عن الشرعي

« هل يكتفى عنه بالتسري ؟

١٤ هل يجب بأمر الأبوين أو بأمر أحدهما به ؟

« هل يجب بالنذر ؟

« هل يجوز النكاح بدار الحرب للضرورة ؟

١٥ النكاح أفضل من التخلي لنوافل العبادة

١٦ تخير ذات الدين الودود الولود البكر الخ

« النظر إلى المخطوبة

١٩ إذا خطب رجل امرأة سأل عن جمالها أولا ثم عن دينها

« من مشى بالهوى فأراد التزوج الخ

١٩ النظر إلى الرأس والساقين من الأمة المستامة ، وذات المحرم

٢٠ حكم المرأة في النظر إلى محارمها : حكمهم في النظر إليها

« ذوات محارمه من يحرم نكاحها عليه على التأبيد

« ما ينظر العبد من مولاته

٢١ غير أولي الإربة من الرجال النظر إلى الوجه والكفين

٢٢ للشاهد والمبتاع النظر إلى وجه المشهود عليها ومن تعامله

٢٣ للعنين المميز غير ذي الشهوة ، النظر إلى ما فوق السرة وتحت الركبة

« فإن كان ذا شهوة فهو كذي المحرم

« حكم بنت تسع حكم المميز ذي الشهوة

« لا يحرم النظر إلى عورة الطفل والطفلة الخ

٢٤ ما للمرأة مع المرأة ، والرجل مع الرجل

٢٥ يباح للمرأة النظر من الرجل إلى غير العورة

٢٦ يجوز النظر من الأمة ، وممن لا تشتهى إلى غير عورة الصلاة

٢٧ الخنثى المشكل في النظر إليه كالمرأة

٢٧ لايجوز للرجل النظر إلى غير من تقدم ذكره
٢٨ النظر إلى الغلام لغير شهوة
٣٠ لايجوز النظر إلى أحد ممن ذكرنا بشهوة
« ماهى الشهوة؟
« لمس من تقدم ذكره
٣١ هل تمنع المرأة من سماع صوت الرجل ويكون حكمه حكم سماع صوتها ؟
٣٢ مصافحة النساء
« لكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع بدن الآخر . ولمسه
٣٣ يجوز تقبيل فرج المرأة قبل الجماع
« هل للمرأة استدخال ذكر زوجها وهو نائم بلا إذنه ؟
« لها لمس ذكره وتقبيله بشهوة .
« السيد مع أمته الكافرة كالرجل مع زوجته
٣٤ للسيد النظر من أمته المزوجة إلى غير العورة
« يكره النظر إلى عورته نفسه
« لايجوز التصريح بخطبة المعتدة ، ولا التعريض بخطبة الرجعية
« يجوز فى عدة الوفاة
٣٥ يجوز فى عدة البائن بطلاق ثلاث
« لايحل للرجل أن يخطب على خطبة أخيه .
٣٦ وإن رد الحل .
٣٧ التعويل فى الرد والإجابة عليها ، أو على وليها ؟
٣٨ متى يستحب عقد النكاح ؟
« خطبة النكاح
« كان الإمام أحمد إذا حضر العقد ولم يسمع الخطبة انصرف
« هل يستحب أن يتزوج فى شوال ؟
٣٩ خصائص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى النكاح وغيره .
٤٥ باب أركان النكاح وشروطه
« ألفاظ الإيجاب
٤٨ ينعقد بالعربية لمن يحسنها الخ
« بماذا ينعقد القبول ؟
٤٩ لو أوجب النكاح ، ثم جن قبل القبول : بطل العقد كموته
« لم ينعقد بكناية الأخرس ؟
٥٠ إن تقدم القبول الإيجاب : لم يصح
« إن تراخى عنه : صح ، مادام فى المجلس
٥١ شروط النكاح خمسة .
أحدها . تعيين الزوجين
٥٢ الثانى : رضا الزوجين ، أو الأب الغير المجبر
« فى تزويج الأب أولاده الصغار عشر مسائل
« إحداها : أولاده الذكور العقلاء الذين لم يدن البلوغ ، والبكار المجانين

٥٣ تزويج الطفل والصبية ليس بإجبار
« لو كان يخنق في الأحيان : لم يجز تزويجه إلا بإذنه .
« ليس للأب الصغير إذا زوجه الأب خيار إذا بلغ .
« للأب قبول النكاح للمجنون والصغير وله أن يوصيه إلى الصغير
« حيث قلنا : تزوج الصغير والمجنون فيكون بواحدة .
٥٤ المسألة الثانية ، أولاده الذكور العاقلون البالغون . ليس له تزويجهم
« المسألة الثالثة ، ابنته البكر التي لها دون تسع سنين . له تزويجها بغير إذنها ورضاها .
« المسألة الرابعة ، البكر التي لها تسع سنين فأزيد ، إلى ما قبل البلوغ له تزويجها بغير إذنها
٥٥ المسألة الخامسة ، البكر البالغة : له إجبارها أيضاً
« المسألة السادسة ، البكر المجنونة : له إجبارها مطلقاً .
٥٦ المسألة السابعة ، الثيب المجنونة الكبيرة : له إجبارها
« المسألة الثامنة ، الثيب العاقلة التي لها دون تسع سنين . له إجبارها .
« المسألة التاسعة ، الثيب العاقلة التي لها تسع سنين فأكثر ، ولم تبلغ
٥٧ المسألة العاشرة ، الثيب البالغة العاقلة ليس له إجبارها .
« الصغيرة بعد تسع سنين : إذنها صحيح معتبر .
٥٨ حيث قلنا : بإجبار المرأة — ولها إذن — أحد تعيبها كمزاً .
٥٩ للسيد تزويج إمائه الأبكار والثيب
« لو كان صف الأمة حراً ، ونصفها رقيقاً الخ .
« لو كان بعضها معتقاً الخ
٦٠ تزويج عبيده الصغار غير إذنهم ، ولا يملك إجبار عبده الكبير
« لا يجوز لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها ، إلا المجنونة الخ .
« لو لم يكن لها ولي إلا الحاكم .
٦١ تعرف شهوتها من كلامها .
« إن احتاج الصغير العاقل والمجنون المطيق إلى النكاح
٦٢ ليس لهم تزويج صغيرة محال .
٦٤ إذن البكر الكلام . وإذن البكر الصمت
« يعتبر في الاستئذان تسمية الزوج .
« لا يشترط الإشهاد على إذنها .
« لا فرق بين الثيوبة بوطء مباح ، أو محرم .
٦٥ لو عادت البكارة : لم يزل حكم الثيوبة
« لو ضحكت البكر ، أو بكت : كان كسكوتها .

٦٦ الشرط الثالث الولي

» صحة تزويج نفسها بإذن وليها ، وتزويج غيرها بالوكالة .

٦٩ ترتيب الأولياء في النكاح .

٧٠ الحكم في أولاد الإخوة من الأبوين والأب الخ

٧١ السلطان هو الإمام أو الحاكم الخ

» المشهور أنه لا يزوج والي البلد

» إذا لم يكن للمرأة ولي

» ولي الأمة سيدها

٧٢ إن كانت لامرأة فوليها ولي سيدتها

» ما يشترط في الولي

» هل يشترط بلوغه وعدالته ؟

٧٣ اشتراط العدالة

٧٤ الرشد في الولي

٧٥ لا تزول الولاية بالإغماء والعمى

» إن عضل الأقرب زوج الأبعد

٧٦ إن غاب غيبة منقطعة : زوج الأبعد

» الغيبة المنقطعة ما لا يقطع إلا بكلفة ومشقة .

٧٨ لا يلي كافر نكاح مسلمة بحال الخ .

٨٠ لا يلي الذمي نكاح موليته الذمية من الذمي .

» هل له من مسلم ؟

٨١ إذا زوج الأبعد من غير عذر للأقرب . أو زوج أجنبي لم يصح

» لو زوج الأجنبي بغيره بغير إذنه .

٨٢ لو زوج الولي موليته بغير إذنها

» وكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه ، وإن كان حاضراً .

٨٣ يجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً .

» يثبت للوكيل ما يثبت للموكل .

» يشترط في وكيل الولي ما يشترط في الولي نفسه .

٨٤ يتقيد الولي ووكيله المطلق بالكفاءة إن اشترطت الكفاءة .

» ليس للوكيل المطلق أن يتزوجها بنفسه .

٨٥ يعتبر أن يقول الولي ، أو وكيله ، ووكيل الزوج « زوجت فلانة لفلان » الخ .

» الوصي في النكاح بمنزلته .

٨٦ هل يسوغ للوصي الوصية به ، أو يوكل فيه ؟

» حكم تزويج صبي صغير بالوصية حكم تزويج الأنثى بها

٨٧ إذا استوى الأولياء في الدرجة صح التزويج من كل واحد منهم

» الأولى تقديم أفضلهم ، ثم أسنهم الخ

» إن تشاحوا أقرع بينهم الخ .

٨٨ إذا استوت درجة الأولياء الخ

» إن زوج اثنان ، ولم يعلم السابق الخ

٩٢ إذا جهل أسبق العقدين .

٩٣ إذا أمر غير القارع بالطلاق فطلق فلا صداق عليه .

٩٣ لو فسخ النكاح أو طلقها .

٩٤ لو مات قبل الفسخ و لطلاق الخ

« لو مات الزوجان: كان لها ربع ميراث أحدهما .

٩٥ لو ادعى كل واحد منهما : أنه السابق الخ .

٩٦ يتولى العقد طرفى العقد إذا زوج عبده من أمته .

« كذلك ولى المرأة إذا أذنت له فى نكاحها .

٩٧ من صور تولى الطرفين : لو وكل الزوج الولى ، أو الولى الزوج ، أو وكلا واحداً .

« لا يجوز لولى المجبره نكاح نفسها بلا ولى غيره

« جعل عتق الأمة صداقها .

٩٩ لهذه المسألة صور منها ماقاله المصنف .

« لو قال : جعلت عتق أمتى صداقها .

« إن طلقها قبل الدخول بها : رجع عليها بنصف قيمتها

١٠٠ لو أعتقت المرأة عبدها على أن يتزوجها بسؤاله أولا

« الكتابة والمدبره ، والمعلق عتقها بصفة .

١٠١ لو أعتقها وزوجها لغيره ، وجعل عتقها صداقها

١٠١ لو قال أعتقت أمتى وزوجتكها على ألف

« إذا قال : أعتقتك وزوجتك على ألف .

« إذا قال لسيد لأمته أعتقتك على أن تزوجنى الخ .

١٠٢ لو قال الأب ابتداء : زوجتك ابنتى على عتق أمتك

« الشرط الرابع الشهاده .

١٠٤ لا ينعقد نكاح مسلم بشهادة ذميين

« هل ينعقد بحضور عدوين ، أو ابنى الزوجين ، أو أحدهما ؟

١٠٥ الشرط الخامس كون الرجل كفؤا لها

١٠٦ إن لم ترض المرأة والأولياء جميعهم فلمن لم ترض الفسخ الخ

١٠٧ الكفاءه الدين ، والنسب

١٠٩ النسب

« لا تعتبر هذه الصفات فى المرأة الخ

« العرب بعضهم لبعض أكفاء

١١٠ لا يزوج حرة بعبد ، ولا بنت نزار بحجام ، الخ

١١٣ باب المحرمات فى النكاح

« النساء من حلال أو حرام ، لغات

« المحرمات بالرضاع

١١٤ المحرمات بالمصاهره

« وحلائل آبائه

١١٥ المرائب

١١٥ إن ماتت الأم قبل الدخول : هل تحرم بنتها ؟

١١٦ لو أباها بعد الخلوة وقبل الدخول

« يثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال والحرام

١١٨ إن كانت الموطوأة ميتة ، أو صغيرة

« إن باشر امرأة ، أو نظر إلى فرجها ، أو خلا بها بشهوة

١١٩ إن تلوط بغلام حرم على كل واحد منهما أم الآخر وبنته

١٢١ القسم الرابع : الملاعنة تحرم على الملاعن على التأبيد ، إلا أن يكذب نفسه .

١٢٢ إذا فسخ الحاكم نكاحه لعنة أو عيب فيه بوجب الفسخ ثم تحرم

« تحرم الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها أو خالتها

١٢٣ لا يكره الجمع بين بنتي عميه أو عمتيه ، أو ابنتي خاليه أو خالتيه الخ

« لو تزوج أخت رجل من أبيه وأخته من أمه في عقد واحد

« لو كان لكل رجل بنت ، ووطئا أمه الخ

« إن زوجهما في عقد : لم يصح

١٢٤ إن زوجهما في عقدين ، أو تزوج إحداهما في عدة الأخرى الخ

« إن اشتراهن في عقد واحد : صح

١٢٤ إن وطىء إحداهما ، لم يحل له الأخرى حتى يحرم على نفسه الأولى

١٢٧ إخراجها عن ملكه ببيع

١٢٨ إن عادت إلى ملكه ، لم يصب واحدة منهما حتى يحرم الأخرى

١٢٩ إن وطىء أمه ، ثم تزوج أختها

« لا يطأ حتى يحرم الموطوأة

١٣٠ لو تزوج أخت أمته بعد تحريمها ، ثم رجعت الأمة إليه

« لو ملك أختين مسلمة وذمية ، فله وطء المسلمة

« لو اشترى أخت زوجته

١٣١ لا يحل للحر أن يجمع بين أكثر من أربع حرائر ، ولا للعبد : أن يتزوج بأكثر من اثنتين الخ

« لا يحل للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين

« اختلف الإمام أحمد في حر تحته أمة بأكثر من اثنتين

١٣٢ تحرم الزانية حتى تتوب ، وتنقضي عدتها

١٣٣ توبة الزانية

« لو وطىء بشبهة أو زنا ، لم يجز في العدة نكاح أختها

١٣٤ يجوز في مدة استبراء العتيقة نكاح أربع سواها

« لو وطئت امرأة بشبهة حرم نكاحها في العدة الخ

١٣٥ لايحل لمسلم نكاح كافرة ، إلا حرائر أهل الكتاب
١٣٦ إن كان أحد أبويها غير كتابي ، فهل تحل ؟
١٣٧ لاينكح مجوسي كتابية
« لو ملك كتابي مجوسية
« أو كانت من نساء بني تغلب . فهل تحل ؟
١٣٨ ليس للمسلم نكاح أمة كتابية
« لايحل لحر مسلم نكاح أمة مسلمة إلا أن يخاف العنت
١٤١ ماهو الطول ؟
« لو وجد حرة لايوطأ لصغرها ، أو كانت زوجته غائبة
١٤٢ إن تزوجها وفيه الشرطان ، ثم أيسر ، أو نكح حرة الخ
١٤٣ إن تزوج حرة أو أمة . فلم تعفه ، ولم تجد طولا لحرة أخرى ؟
١٤٥ إذا قلنا : له نكاح أربع : جاز
١٤٦ للعبد نكاح الأمة
« هل له أن ينكحها على حرة ؟
« إن جمع بينهما في العقد : جاز
١٤٧ يتحرج أن لايجوز
« ولا للحر أن يتزوج أمته ولا أمة ابنه
١٥٠ إن اشترى الحر زوجته انفسخ نكاحها الخ
١٥١ الحكم لو اشتراها مكاتبة
١٥١ حكم شراء الزوجة ، حكم شراء الزوج
« من جمع بين محرمة ومحللة في عقد واحد الخ
١٥٢ من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين الخ
« لايحل نكاح حتى مشكل الخ
١٥٣ من تزوج امرأة ، ثم قال « أنا امرأة » انفسخ نكاحه
« لو لم يكن متزوجا . ورجع عن قوله الأول الخ
« لايجوز الوطء في الفرج الزائد
« لايحرم في الجنة زيادة العدد ولا الجمع بين المحارم
١٥٤ باب الشروط في النكاح
« محل ذكر الشروط المعتبرة في النكاح
« لو وقع الشرط بعد العقد ولزومه
« الشرط قسمان : صحيح .
١٥٥ إن اشترطت أن لايتزوج عليها الخ
« صحة دفع كل واحد من الزوجين إلى الآخر مالا على أن لايتزوج .
١٥٦ لو خدعها فسافر بها ، ثم كرهته الخ
١٥٧ إن شرط لها طلاق ضرتها
« حكم شرط بيع أمته حكم شرط طلاق ضرتها .
« حيث قلنا بصحة شرط سكنى الدار أو البلد الخ

١٥٨ لو شرط أن لا يسلم نفسها إلا بعد مدة معينة

« إذا شرط هذا أن لا يفرق بينها وبين أبويها الخ .

١٥٩ الشروط الصحيحة إن تلزم في النكاح الذي شرطت فيه الخ .

« خيار الشرط على التراخي الخ

« القسم الثاني فاسد وهو ثلاثة أنواع

أحدها : ما يبطل النكاح . وهو ثلاثة أشياء .

أحدها نكاح الشغار .

١٦٠ فإن سموا مهرا صح .

١٦١ الثاني نكاح المحلل

١٦٣ الثالث : نكاح المتعة .

١٦٤ النكاح الذي شرط فيه طلاقها في وقت أو علق ابتداؤه على شرط

١٦٥ النوع الثاني أن يشرط أن لا مهر لها ولا نفقة الخ .

١٦٦ الثالث أن شرط الخيار الخ .

١٦٧ إن شرطها كتابية ، فبانت مسلمة الخ .

« إن شرطها أمة ، فبانت حرة الخ

١٦٨ إن شرطها بكرا ، أو جميلة ، أو نسيبة الخ .

« إن زوج أمة يظنها حرة .

١٦٩ إن أصدقها وولدت منه فالولد حر الخ .

١٧٢ لا يضمن الأب من الأولاد إلا من ولد حيا في وقت يعيش لمثله .

« ولد المكاتبة مكاتب ، ويحرم أوه قيمته

« إن كان عبدا فولده أحرار ، وعليهم بدل عتق .

« رجع بذلك على من غره

١٧٦ إن تزوجت رجلا على أنه حر الخ

« إن عتقت الأمة وزوجها حر الخ

١٧٧ إن عتق قبل فسخها ، أو مكنته من وطئها الخ

١٧٩ إن ادعت الجهل بالعتق ، وهو مما يخفى عليها جهله

« حكم مباشرته لها حكم وطئها

« يجوز للزوج الإقدام على الوطء الخ

١٨٠ لو بذل الزوج لها عوضا على أنها تختاره الخ .

« لو شرط العتق عليها دوام النكاح تحت حر أو عبد .

« خيار العتقة على التراخي .

١٨١ إن كانت صغيرة ، أو مجنونة

« إن طلقت قبل اختيارها ، وقع الطلاق .

١٨٢ إن عتقت تحته الرجعية ، فلها الخيار .

« متى اختارت العتقة انفرقة بعد الدخول فالمهر للسيد

« إن أعتق أحد الزوجين ، وهو معسر ، فلا خيار لها

١٨٤ إن عتق الزوجان معاً . فلا خيار لها

١٨٦ باب حكم العيوب فى النكاح

« إن اختلفا فى إمكان الجماع بالباقى

« العيب الثانى : أن يكون عنيناً لا يمكنه الوطء .

« إن اعترف بذلك أجل سنة منذ ترافعه للحاكم

١٨٨ المراد بالسنة هنا : السنة الهلالية اثنى عشر شهراً .

« لو اعتزلت المرأة الرجل

١٨٨ إن اعترفت أنه وطئها مرة سقط كونه عنيناً

١٨٩ كمى فى زوال العنة عيب الخشفة

« لو وطئها فى الزمن لم يزل به العنة

١٩٠ إن ادعى أنه وطئها . وقالت : إنها عذراء الخ

١٩١ إن كانت ثيباً : فالقول قوله

١٩٢ القسم الثانى من العيوب : يختص النساء ، وهو ثلاثة الرتق الخ

١٩٣ الثانى : القرن

١٩٤ القسم الثالث مشترك بينهما ، وهو الجذام والبرص والجنون الخ

١٩٥ اختلف المحدثون فى الجذام والبرص والجنون والبخر والعرج والزمانة الخ

١٩٧ ما هو البخر ؟

١٩٧ فى كون أحد الزوجين جنى .

١٩٨ كثير من الأصحاب حكوا الخلاف وجهين

« ظاهر كلام المصنف . أن ما عدا ما ذكره لا يثبت به خيار

١٩٩ إن وجد أحدهما صاحبه عنيناً به مثله .

« إن علم بالعيب وقت العقد . أو قال : قد رضيت به الخ

٢٠٠ لا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم

٢٠١ إن فسخ قبل الدخول فلا مهر ، وإن فسخ بعده . فلها المهر المسمى

٢٠٢ يرجع به على من غره من المرأة أو الولى

٢٠٣ لو وجد الغرور من المرأة والولى فالضمان على الولى

٢٠٤ ليس لولى صغيرة أو مجنونة أو سيد أمة زوجها معيباً الخ

٢٠٥ إن اختار النكاح فنكاح محبوب أو عنين الخ

« الذى عليه صومها . وليها العاقد للنكاح

« إن علمت العيب عند العقد . أو حدث بها به الخ

٢٠٦ باب نكاح الكفار

« حكمه حكم نكاح المسلمين . فيما يحل به . ويحرم المحرمات

« يقرون على أنكحة المجوسية ، ما لم يتقدوا بحلها ويرتفعوا إلينا .

٢٠٧ إذا أسلموا وترافعوا إلينا فى أثناء العقد .
٢٠٩ إن قهر حربى حربية فوطئها أو طاوعه واعتقداه نكاحا .
« إن كان المهر مسمى صحيحاً أو فاسداً وقبضته : استقر
« إن كان فاسداً لم تقبضه : فرض لها مهر المثل .
٢١٠ إذا أسلم الزوجان معاً فهما على نكاحهما .
« إن أسلمت الكتابية ، أو أحد الزوجين غير الكتابيين قبل الدخول الخ
٢١١ إن أسلم الزوج قبلها .
٢١٢ إن قال : أسلمنا معاً
٢١٣ إن أسلم أحدهما قبل الدخول
« إن أسلم الثانى قبل انقضائها .
٢١٤ لو وطئها فى عدتها ولم يسلم الثانى
« إذا أسلمت قبله ، فلها نفقة العدة وإن كان هو المسلم : فلا نفقة لها
« إن اختلفا فى السابق منهما .
٢١٥ لو اتفقا على أنها أسلمت بعده .
« لو لاعن ثم أسلم : صح لعانه .
« إن ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح الخ
« وإن كان هو المرتد . فلها نصف المهر .
٢١٦ إن كانت الردة بعد الدخول
« إن كان هو المرتد : فلها نفقة العدة
٢١٦ إن انتقل أحد الكتابيين إلى دين لا يقر عليه .
٢١٧ إن أسلم كافر ، ونحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه .
٢١٩ موت الزوجات لا يمنع اختيارهن
« لو أسلم ونحته أكثر من أربع
« صفة الاختيار .
٢٢٠ إن طلق إحداهن ، أو وطئها : كان اختياراً لها
٢٢١ إن عتق الجميع ثلاثا أقرع بينهن
٢٢٢ إن ظاهر ، أو آلى من إحداهن ، فهل يكون اختياراً لها ؟
« إن مات : فعلى الجميع عدة الوفاة
٢٢٣ لو أسلم معه البعض دون البعض
٢٢٤ لو أسلمت لمرأة ، ولها زوجان أو أكثر .
« إن كان دخل بالأم : فسد نكاحهما .
« إن أسلم ونحته إماء ، فأسلمن معه
٢٢٥ إن أسلم وهو موسر ، ثم يسلمن حتى أعسر
« إن عتقت ، ثم أسلمت ، ثم أسلمن لم يكن له الاختيار من البواقى .
« إن أسلم ونحته حرة وإماء ، فأسلمت الحرة فى عدتها الخ
« إن أسلم عبد ونحته إماء ، فأسلمن معه ، ثم عتق الخ
٢٢٦ إن أسلم وعتق ، ثم أسلمن الخ .

٢٢٧ كتاب الصداق
« يستحب أن لا يجرى النكاح عن تسميته .
٢٢٨ لا يزيد على صداق أزواج النبى صلى الله عليه وسلم وبناته .
٢٢٩ لا يقدر أقله ولا أكثره .
« ما جاز أن يكون ثمناً وأجرة جاز صداقا .
« إن تزوجها على منافعه مدة معلومة
٢٣١ لو تزوجها على منافع حر غيره مدة معلومة
« لا يضر جهل يسير ، ولا غرر يرجى زواله
« يصح عقده أيضاً على دين سلم
« إن أصدقها تعليم أبواب من الفقه أو الحديث
٢٣٢ إن كان لا يحفظها : لم يصح .
٢٣٣ يحتمل أن يصح ، ويتعلمها ثم يعلمها
« إن علمها من غيره لزمه أجرة تعليمها .
« إن طلقها قبل الدخول وقبل تعلمها : عليه نصف الأجرة
« حكم ما لو طلقها بعد الدخول
٢٣٤ إن كان بعد تعليمها : رجع عليها بنصف الأجرة
« إن أصدقها تعليم شيء من القرآن معين .
٢٣٥ هل يتوقف الحكم بقسم السورة على تلقين جميعها ؟
٢٣٥ أجرى فى الواضح الروايتين فى غير القرب
« لا يصح إصداق الذمية شيئاً من القرآن .
« لو طلقها ووجدت حافظة لما أصدقها وتلزمها الخ
٢٣٦ إذا تزوج نساء بمهر واحد ، وجعلهن بعوض واحد
« يشترط أن يكون معلوماً كالثمن
٢٣٧ إن أصدقها عبداً مطلقاً : لم يصح
٢٣٨ إن أصدقها عبداً من عبيده
٢٣٩ يخرج إذا أصدقها دابة من دوابه
٢٤٠ إن أصدقها عبداً موصوفاً الخ
٢٤١ إن أصدقها طلاق امرأة له أخرى
« إن مات طلاقها بموتها : فلها مهرها فى قياس المذهب
٢٤٢ لو جعل صداقها أن يحمل إليها طلاق ضرتها إلى سنة
« لو أصدقها عتق أمه
« إن تزوجها على ألف إن كان أبوها حياً الخ
« إن تزوجها على ألف إن لم تكن له زوجة الخ
٢٤٣ إذا قال العبد لسيده : أعتقنى على أن أتزوجك
٢٤٤ إذا فرض الصداق مؤجلا الخ
٢٤٥ إن أصدقها خمرا ، أو خنزيرا ، أو مالا مغصوبا الخ

٢٤٦ وجوب مهر المثل
« إن تزوجها على عبد ، فخرج حراً
٢٤٧ إن وجدت به عيباً الخ
٢٤٨ إن تزوجها على ألف لها ، وألف لأبيها صح الخ
٢٤٩ للأب تزويج ابنته البكر والثيب بدون صداق مثلها وإن كرهت
٢٥٠ إن فعل ذلك غيره بإذنها : صح
٢٥١ إن فعله غير بإذنها فعليه مهر المثل
« إن زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل صح
٢٥٢ إن كان معسراً فهل يضمنه الأب ؟
٢٥٣ للأب قبض صداق ابنه الصغير من غير إذنها .
« ليس لصداق الثيب الكبيرة إلا بإذنها
٢٥٤ إن زوج العبد بإذن سيده على صداق مسمى
« هل أذن له ، وأطلق ثم نكح بلا واحدة
« هل يتعلق مهر رقبته ، أو ذمة سيده ؟
٢٥٥ حكم الجعالة حكم الصداق
« لو طلق قبله ، إن كان الطلاق رجعياً فله الرجعة
٢٥٦ إن زوج عبد ابنه الصغير صح لكن
« إن زوجها بأكثر في رقبته مهر المثل
٢٥٨ إن زوج السيد عبده أمته لم يجب مهر .
٢٥٩ إن زوج عبده حرة ، ثم باعها السيد العبد يثبت في الذمة الخ
٢٦٠ إن دعا إليه بالصداق الخ
٢٦١ ملك المرأة الصداق المسمى بالعقد
« إن كان ميتاً : فلها التصرف فيه وعفوه لها ، وإن كانه عليه الخ
٢٦٢ إن كان غير معين لم يدخل في ضمانه الخ
« إن قبضت صداقها ، ثم طلقها قبل الدخول الخ
٢٦٣ إن كان الصداق زائداً زيادة منفصلة الخ
٢٦٤ إن كانت الزيادة منفصلة الخ
٢٦٦ إن كان ناقصاً الخ
٢٦٧ إن كان تالفاً ، أو مستحقاً بدين أو شفعة الخ
٢٦٨ إن تلف الصداق في يدها بعد الطلاق الخ
« لو زاد الصداق من وجه ، ونقص من وجه
٢٦٩ إن كان الحمل حائلاً ثم أطلع
« لو أصدقها أمة حاملاً ، فولدت عند الزوج في نصفه
« ثم متى الرجوع للزوج ، وهذه مفصلة ، يعلق الخ

٢٧٠ لو أصدقها صيدا ، ثم طلق وهو محرم .

» لو أصدقها ثوبا فصبغته ، أو أرضاً فبنتها .

٢٧١ لو فات نصف الصداق مشاعاً

» إن قبضت المسمى في الذمة : فهو كالمعين .

» الزوج هو الذي بيده عقدة النكاح

٢٧٢ ليس للأب أن يعفو عن مهر ابنته البكر البالغة .

٢٧٣ ليس لغير الأب من الأولياء أن يعفو

» للأب العفو سواء كان دينا أو عينا

» إذا طلقت بعد الدخول ليس للأب العفو

٢٧٤ إن كان العفو عن دين سقط بلفظ « الهبة » الخ

٢٧٥ إذا أبرأت المرأة زوجها من صداقها أو وهبته له ، ثم طلقها قبل الدخول الخ

» لو وهبته ، أو أبرأته من نصفه

٢٧٦ لو وهب الثمن لمشتر ، فظهر المشترى على عيب الخ

» لو قضى المهر أجنبي متبرعا

٢٧٧ إن ارتدت قبل الدخول فهل يرجع عليها بجميعه الخ ؟

» كل فرقة جاءت من قبل الزوج كطلاقه وخلعه الخ

٢٧٩ كل فرقة جاءت من قبلها الخ

٢٨١ فرقة اللعان

» فرقة بيع الزوجة من الزوج ، وشرائها له .

٢٨٢ لو قتلت نفسها

» فوائد جمة فيما يتقرر به المهر

٢٨٣ منها الخلوة الصحيحة

٢٨٩ لو اختلف الزوجان في قدر الصداق

٢٩١ إن قال : زوجتك على هذا العبد

٢٩٣ إن اختلفا في قبض المهر

» إن اختلفا فيما يستقر به المهر

٢٩٣ إن زوجها على صداقين ، سر وعلانية

٢٩٤ لو اتفقا قبل العقد على مهر ، وعقداه بأكثر منه تحملا

٢٩٥ لو وقع مثل ذلك في البيع

٢٩٦ هدية الزوجة ليست من المهر

٢٩٧ التفويض على ضربين : تفويض البضع الخ

» يجب مهر المثل بالعقد ، ولها المطالبة بفرضه

» إن مات أحدهما قبل الإصابة ورثه صاحبه الخ

٢٩٩ إن طلقها قبل الدخول بها : لم يكن لها عليه إلا المتعة

٣٠٠ أعلى المتعة وأدناها

٣٠٢ إن دخل بها استقر مهر المثل

» إذا دخل بها ثم طلقها فلا متعة لها .

٣٠٣ في سقوط المتعة بهبة مهر المثل قبل الفرقة .

» مهر المثل معتبر بمن يساويها من نساء عصابتها .

٣٠٤ إن كان عادتهم التأجيل ، فرض مؤجلا

» أما النكاح الفاسد ، الخ

٣٠٥ إن دخل بها استقر المسمى

» لا يستقر بالخلوة .

٣٠٦ يجب مهر المثل للموطوأة بشبهة

» للمكرهة على الزنا

٣٠٧ يدخل في عموم كلام المصنف الأجنبية ، وذوات محارمه

٣٠٨ لا مهر للمطاوعة

» إذا كان نكاحها باطلا بالإجماع ، ووطئ فيه .

» لو وطئ ميتة لزمه المهر

» لا يجب معه أرش البكارة

٣٠٩ إذا دفع أجنبية ، فأذهب عذرتها

٣١٠ إن فعل ذلك الزوج ، ثم طلق قبل الدخول .

» للمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها

» هذا إذا كانت تصلح للاستمتاع

٣١١ لو كان المهر مؤجلا لم يملك أن يمنع نفسها

» إن ملكت منع نفسها ، فهل لها أن تسافر بغير إذنه ؟

» لو قبضت المهر ، ثم سلمت نفسها

٣١١ إن تبرعت بتسليم نفسها ، ثم أرادت المنع .

٣١٢ لو أبى كل واحد من الزوجين التسليم أولا .

» لو كانت محبوسة ، أو لها عذر يمنع التسليم .

» إن أعسر بالمهر قبل الدخول : فلها الفسخ .

٣١٣ إن أعسر بعده : فعلى وجهين الخ

٣١٤ لا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم

٣١٥ باب الوليمة

» هي اسم لدعوة العرس خاصة

٣١٥ الأطعمة التي يدعى إليها الناس عشرة

٣١٦ الوليمة مستحبة .

٣١٧ تستحب الوليمة بالعقد

» السنة : أن يكثر للبكر

٣١٨ الإجابة إليها واجبة .

» إذا عينه الداعي المسلم

٣١٩ إن دعا الجعلي الخ

٣٢٠ سائر الدعوات والإجابة إليها مستحبة

٣٢١ إن حضر ، وهو صائم صوماً واجباً الخ

٣٢٢ يجوز الأكل من مال من في ماله حرام

٣٢٤ فوائد جمة ، في آداب الأكل والشرب ، وما يتعلق بهما

٣٣٤ إن دعاه اثنان : أجب أسبقهما
٣٣٥ إن علم أن فى الدعوة منكراً الخ
« إن علم به ولم يره ولم يسمعه الخ
٣٣٦ إن شاهد ستوراً معلقة فيها صور الحيوان الخ
« إن كانت ممتهنة . أو على وسادة فلا بأس
٣٣٧ إن ستر الحيطان بصور لا صور فيها ، أو فيها صور غير الحيوان الخ
٣٣٨ لا يباح الأكل بغير إذن الداعى ، أو ما يقوم مقامها
٣٣٩ الدعاء إلى الوليمة إذن فيه
« الدعاء ليس إذناً فى الدخول
« لا يملك الطعام الذى قدم إليه ، بل يملك الأكل على ملك صاحبه
٣٤٠ الستر ولبسه
٣٤١ من حصل فى حجره شىء منه
« يستحب إعلان النكاح والضرب عليه بالدف .
٣٤٢ ضرب الدف فى نحو العرس
« يحرم كل ملهاة ، سوى الدف
٣٤٤ باب عشرة النساء
« إذا تم العقد : وجب تسليم المرأة فى بيت الزوج إذا طلبه الخ
« لو كانت صغيرة بحيث لا تحتمل وطئها
٣٤٥ قول امرأة ثقة فى ضيق فرجها ، وتروح فيه
٣٤٥ إذا امتنعت قبل المرض ، ثم حدث بها المرض .
« إن سألت الإنظار : أنظرت مدة جرت العادة بإصلاح أمرها فيها
« إن كانت أمة : لم يجب تسليمها إلا بالليل .
٣٤٦ ليس لزوج الأمة السفر بها
« للزوج الاستمتاع بزوجته ما لم يشغلها عن الفرائض ، من غير إضرار بها
٣٤٧ « السفر به إلا أن تشترط لها
« لا يحور وطؤها فى الحيض
٣٤٨ ولا فى الدبر ، ولا تعزل عن الحرة إلا بإذنها ، ولا عن الأمة إلا بإذن سيدها .
٣٤٩ له إجبارها على غسل من الحيض والجنابة والنجاسة الخ
٣٥١ فى سائر الأشياء سوى الحيض فى حق الخدمة روايتان
٣٥٢ هل له منعها من أكل ذى رائحة كريهة ؟
« تمنع الذمية من شربها مسكراً إلى أن تسكر .
٣٥٣ عليه أن يبيت عندها ليلة من أربع ليال .
« له الانفراد بنفسه فيما بقى
٣٥٤ عليه وطؤها فى كل أربعة أشهر مرة الخ
٣٥٥ إن سافر عنها أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه الخ

٣٥٦ إن أتى شيئا من ذلك ، ولم يكن له عذر الخ

٣٥٧ يستحب أن يقول عند الجماع بسم الله ، اللهم جنبني الشيطان

» يستحب تغطية رأسه عند الوقاع وعند الخلاء .

٣٥٠ يستحب الوضوء عند معاودة الوطء .

» لا يجوز الجمع بين زوجته في مسكن واحد إلا برضاهما الخ

٣٦٠ ولا يحدث إحداهما بما جرى بينهما وله منعها من الخروج عن منزله

٣٦١ إن مرض بعض محارمها ، أو مات ، استحب له أن يأذن لها في الخروج إليه

» لا يملك الزوج منع أبويها من زيارتها

٣٦٢ لا يلزمها طاعة أبويها في فراق زوجها

» ليس عليها غنى ولا جبر

» لا يملك المرأة إجارة نفسها للرضاع والخدمة بغير إذن زوجها

» يجوز له وطؤها بعد إجارتها نفسها مطلقا .

٣٦٣ له أن يمنعها من إرضاع ولدها الخ

٣٦٤ على الرجل أن يساوي بين نسائه في القسم

٣٦٥ ليس له ابتداء بإحداهن ، ولا السفر بها إلا بقرعة

٣٦٥ يقسم لزوجته الأمة ليلة ، وللحرة ليلتين ، وإن كانت كتابية

» لو عتقت الأمة في نوبتها ، أو في نوبة حرة مسبوقة

٣٦٧ يقسم للحائض والنفساء والمريضة والمغيبة .

» إن دخل في ليلتها إلى غيرها ، لم يجز ، إلا لحاجة داعية

٣٦٨ يجوز له أن يقضي ليلة صيف عن ليلة شتاء .

» متى سافر بقرعة لم يقض

٣٦٩ إن كان بغير قرعة لزمه القضاء للأخرى

٣٧٠ إن امتنعت من السفر معه أو من المبيت عنده ، أو سافرت بغير إذنه سقط حقها من القسم

» إن سافرت لحاجتها بإذنه

٣٧١ للمرأة أن تهب حقها من القسم لبعض ضرائرها بإذنه وله الخ

» لا تصح هبة ذلك بمال

٣٧٢ لا يجوز له نقل ليلة الواهبة لليلة الموهوبة

» متى رجعت في الهبة عاد حقها

» يجوز للمرأة بذل قسمها ونفقتها وغيرهما لزوجها لتمسكها

٣٧٣ لو قسم لاثنتين من ثلاث

» لو بات ليلة عند إحدى امرأتيه الخ

٣٧٤ لا قسم عليه فى ملك يمينه .
« إن زفت إليه امرأتان فى ليلة : قدم السابقة منهما .
٣٧٥ إذا أراد السفر خرجت القرعة لاحداهما ، سافر بها ودخل حق العقد فى قسم السفر الخ
٣٧٦ إذا طلق إحدى نسائه فى ليلتها الخ
« فصل فى النشوز . وهو معصيتها إياه فيما يجب له عليها .
« إن أصرت : هجرها فى المضجع ماشاء .
٣٧٧ له أن يضربها ضرباً غير مبرح
٣٧٨ لا يملك الزوج حبسها فى حق الله
« إن ادعى كل واحد منهما ظلم صاحبه له الخ
٣٧٩ إن خرجا الى الشقاق والعداوة بعث الحاكم حكمين حرين مسلمين عدلين
٣٨٠ إن أسنداه الى توكيل لم يكن
٣٨٢ كتاب الخلع
« إذا كانت المرأة مبغضة للرجل ، وخشى أن لا يقيم حدود الله ، فلا بأس أن تفتدى نفسها منه
« إن خالعته لغير ذلك الخ
٣٨٣ إن عضلها لتفتدى نفسها منه ، فصحت الخ
٣٨٥ إن كان محجوراً عليه : دفع المال إلى وليه . وإن كان عبداً . دفع إلى سيده .
٣٨٦ هل للأب خلع زوجة ابنه الصغير أو طلاقها ؟
٣٨٧ الحكم فى أبى المجنون ، وسيد الصغير ، والمحجور
« فيمن قال : طلق نفسك وأنت برىء من مهرها .
٣٨٨ ليس له خلع ابنته الصغيرة بشىء من مالها .
٣٨٩ هل يصح الخلع مع الزوجة ؟
٣٩٠ إن خالعت الأمة بغير إذن سيدها على شىء معلوم الخ
٣٩١ إن خالعته المحجور عليها الخ
٣٩٢ الخلع طلاق بائن
٣٩٣ للخلع ألفاظ صريحة .
٣٩٤ إذا طلقت الخلع وبذلت العوض .
« يصح ترجمة الخلع بكل لغة من أهلها
« هل الخلع فسخ ، أو طلاق ؟
٣٩٥ تصح الاقالة فى الخلع
« لا يقع بمتشدد من الخلع طلاق ولو واجهها به
٣٩٦ إن شرط الرجعة فى الخلع لم يصح الشرط
« لا يصح خلع إلا بعوض
٣٩٧ إن خالعها بغير عوض لم يقع الخ الخ .

٣٩٨ لا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها .

« إن خالعها بمحرم : فهو كالخلع بغير عوض

٣٩٩ لو جهل التحريم .

« إذا خالع كافران بمحرم بطلانه ، ثم أسلما .

« إن خالعها على عبد ، فبان حراً ، أو مستحقا

٤٠٠ إن بان معيباً فله أرشه أو قيمته ورده .

« إن خالعها على رضاع ولده عامين أو سكنى دار صح

٤٠١ سقط المرضعة ، وحضانة لبنها في أثناء المدة .

٤٠١ لو أراد الزوج أن يقيم بدل الرضيع من ترضعه أو تكفله ، فأبت

« إن خالع الحامل على نفقة عدتها

٤٠٢ لو خالع حاملا ، فأبرأته من نفقة حملها : فلا نفقة لها .

« يعتبر في ذلك كله الصيغة .

٤٠٣ يصح الخلع بمجهول

« إن خالعها على ما في بطنها من الدراهم ، أو ما في بيتها من المتاع .

٤٠٤ إن خالعها على حمل أمتها ، أو ما تحمل شجرتها

٤٠٥ إن خالعها على عبد ، فله أقل ما يسمى عبداً

٤٠٦ لو أعطته عبداً مدبراً ، أو معلقاً عتقه بصفة

« لو بان معصوبا أو حراً

٤٠٧ إن قال : إن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق

« إن خرج معصوباً : لم يقع الطلاق

٤٠٨ إن قال « إن أعطيتني ثوباً هرويا فأنت طالق »

« إن خالعته على مروي

٤١٠ إن أعطيتني ، أو إذا أعطيتني ، أو متى أعطيتني ألفاً فأنت طالق

٤١١ إن قالت « اخلعني بألف ، أو على ألف » أو « طلقني بألف ، أو على ألف »

٤١١ يشترط في ذلك أن يجيبها على الفور

« لها أن ترجع قبل أن يجيبها

٤١٢ لا يصح تعليقه بقوله إن بدأت لي كذا فقد خلعتك

٤١٣ لو قالت « طلقني بألف إلى شهر » فطلقها قبله الخ

« لو قالت « طلقني بألف » فقال « خلعتك »

٤١٤ إن قالت « طلقني واحدة بألف » فطلقها ثلاثاً

٤١٥ إن قالت « طلقني ثلاثاً بألف » فطلقها واحدة

٤١٥ إن لم يكن بقي من طلاقها إلا واحدة
« إن كان له امرأتان مكلفة وغير مكلفة الخ
٤١٧ إن قال لامرأته « أنت طالق وعليك ألف » طلقت ولا شيء عليها
« إن قال « على ألف » أو « بألف » فكذلك
٤١٩ إن خالعته في مرض موتها الخ
« إن طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها الخ
« إذا وكل الزوج في خلع امرأته مطلقاً الخ
٤٢٠ إن عين له العوض فنقص منه الخ
« إن وكلت المرأة في ذلك فخالع بمهرها الخ
٤٢١ لو خالف وكيل الزوج أو الزوجة
٤٢٢ لو كان وكيل الزوج والزوج واحداً وتولى طرفي العقد الخ
« إن تخالعا تراجعا بما بينهما من الحقوق
« إن اختلفا في قدر العوض أو عينه أو تأجيله
٤٢٣ إن علق طلاقها بصفة ثم خالعها
٤٢٤ ان لم توجد الصفة حال البينونة : عادت .
« حرم الخلع حيلة لإسقاط عين طلاق
٤٢٥ لو اعتقد البينونة بذلك ، ثم فعل ما حلف عليه .
٤٢٦ لو أشهد على نفسه بطلاق ثلاث .
٤٢٧ إذا أخذ السيد حقه من المكاتب ظاهراً ثم قال هو حر الخ.
« يستحب إعلام المستفتي بمذهب غيره الخ
٤٢٩ كتاب الطلاق
« هو حل قيد النكاح
« يباح عند الحاجة إليه ، ويكره من غير حاجة .
٤٣٠ زنا المرأة لا يفسخ النكاح
« إذا ترك الزوج حق الله ، فالمرأة في ذلك كالزوج
٤٣١ يقع من الصبي العاقل ومن المميز العاقل .
٤٣٢ من زال عقله بسبب يعذر فيه
٤٣٣ إن زال بسبب لا يعذر فيه
٤٣٤ كذلك يتحرج في قتله ، وقذفه ، وسرقته ، وزناه ، وظهاره ، وإيلائه
٤٣٦ لا تصح عبادة السكران
« محل الخلاف في السكران إذا كان آثماً في سكره
٤٣٧ من شرب ما يزيل عقله لغير حاجة
٤٣٨ يلحق بالسبخ الحشيشة الخبيثة
٤٣٩ لو ضربه برأسه فجن

٤٣٩ من أكره على الطلاق بغير حق

« إن هدده بالقتل ، أو أخذ المال قادر الخ

٤٤٠ يشترط للإكراه شروط .

« أحدها أن يكون المكره قادراً بسلطان

« الثاني أن يغلب على ظنه بروز الوعيد به

« الثالث أن يكون ما يستضر به ضرراً كثيراً

٤٤١ إكراهه بضرب ولده وحبسه

« لو سحره لطلق .

« ينبغي له الكره إذا أكره على الطلاق الخ

٤٤٢ لو قصد إيقاع الطلاق ، دون دفع الإكراه

« إذا أكره على العتق واليمين ونحوهما

٤٤٣ يقع الطلاق في النكاح المختلف فيه

٤٤٤ إذا وكل في الطلاق من يصح توكيله

« للوكيل أن يطلق ما شاء إلا أن يجعل له الزوج حداً

« إذا طلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليه

٤٤٥ ليس لأحد الوكيلين الانفراد به إلا بإذنه

« إن وكلهما في ثلاث ، فطلق أحدهما أكثر من الآخر الخ

٤٤٦ إن قال لامرأته « طلقي نفسك »

٤٤٨ باب سنة الطلاق وبدعته

٤٤٨ طلاق السنة : أن يطلقها واحدة في طهر لم يصبها فيه

« إن طلق المدخول بها في حيضتها ، أو طهر أصابها فيه الخ

٤٥٠ تستحب رجعتها

٤٥١ إن طلقها ثلاثاً في طهر لم يصبها فيه

٤٥٥ إن كانت المرأة صغيرة أو آيسة ، أو غير مدخول بها ، أو حاملا قد استبان حملها

٤٥٦ إن قال لمن لها سنة وبدعة « أنت طالق للسنة » في طهر لم يصبها فيه

٤٥٧ إن قال لها « أنت طالق للبدعة » وهي حائض

« إن قال لها « أنت طالق ثلاثاً للسنة »

٤٦٠ إن قال لها « أنت طالق في كل قرء »

« إن قلنا القروء الأطهار ، فهل تطلق في الحال ؟

٤٦١ إن قال لها « أنت طالق أحسن الطلاق وأجمله »

« إن قال « أنت طالق طلقة حسنة قبيحة »

٤٦٢ باب صريح الطلاق وكنايته

« صريحه لفظ « الطلاق » وما يتصرف منه

٤٦٥ ما تصرف منه

« متى أتى بصريح الطلاق الخ

« إن نوى بقوله « أنت طالق » من وثاق الخ

٤٦٦ هل يعمل في الحكم ؟

« لو قال « أنت طالق » وأراد أن يقول « إن قمت » الخ

٤٦٧ لو قيل له « أطلقت امرأتك ؟ » فقال « نعم » وأراد الكذب الخ

« لو استفتى في طلاق الثلاث فأفتى بأن لا شيء عليه الخ

٤٦٨ لو قيل له « ألك امرأة ؟ » فقال « لا » وأراد الكذب

« إن لطم امرأته ، أو أطعمها ، أو سقاها ، الخ

٤٧١ إن قال « أنت طالق لا شيء ، أو ليس بشيء » الخ

« إن قال « أنت طالق ، أو لا » أو « طالق واحدة ، أو لا » لم يقع .

٤٧٢ إن كتب طلاق امرأته ونوى الطلاق الخ

٤٧٣ إن لم ينو شيئاً ، فهل يقع ؟

« إن نوى تجويد خطه أو علم أهله الخ

٤٧٤ هل يقبل دعواه في الحكم ؟

« إن كتبه بشيء لا يبين

٤٧٥ صريح الطلاق في [illegible]

٤٧٦ [illegible]

« [illegible] الظاهرة

٤٧٨ ألفاظ الكنايات الخفية

٤٧٩ اختلف في « الحقي بأهلك » و « حبلك على غاربك » ونحوها

٤٨٠ من شرط وقوع الطلاق بالكناية أن ينوي بها الطلاق

٤٨١ إلا أن يأتي به في حال الخصومة والغضب

٤٨٢ إن جاءت جواباً لسؤالها الطلاق

« متى نوى بالكنايات الطلاق الخ

٤٨٣ عنه ما يدل أنه يقع بها واحدة بائنة

« الروايات في قوله « أنت طالق بائن » ونحوها

« كره الإمام أن يفتي في الكنايات الظاهرة .

« يقع بالخفية ما نواه

٤٨٥ إن لم ينو عدداً : وقع واحدة ، فأما ما لا يدل على الطلاق

« كذا قوله « أنا طالق »

٤٨٦ إن قال « أنا منك بائن » أو « حرام » فهل هو كناية أو لا ؟

« إن قال « أنت علي حرام » أو « ما أحل الله علي حرام »

٤٨٨ إن قال « ما أحل الله علي حرام »

٤٨٩ إن قال « أعني به طلاقاً » طلقت واحدة

٤٩٠ إن قال « أنت علي كالميتة والدم »

« إن لم ينو شيئاً فهل يكون ظهاراً أو عيناً ؟

٤٩١ لا تلزمه فيما بينه وبين الله شيء

« إن قال لامرأته «أمرك بيدك» الخ

٤٩٢ هو في يدها ، ما لم تفسخ أو يطأ

« إن قال لها « اختاري نفسك » لم يكن لها أن تطلق أكثر من واحدة

٢٩٣ ليس لها أن تطلق إلا ما دامت في المجلس ، ولم يتشاغلا بما يقطعه

« إن جعل لها الخيار اليوم كله ، أو جعل أمرها بيدها فردته الخ

٤٩٤ لفظ « الأمر » و « الخيار » كناية في حق الزوج يفتقر إلى نية

« إن قبلته بلفظ الكناية . نحو « اخترت نفسي »

« وإن قبلته بلفظ الصريح الخ

٤٩٥ يقع الطلاق بإيقاع الوكيل الخ

« لا يقع الطلاق بقولها « اخترت » ولو نوت حتى تقول « نفسي »

٤٩٥ إن اختلفا في نيتها ، فالقول قولها وإن اختلفا في رجوعه فالقول قوله

« إن قال « طلقي نفسك » فقالت اخترت نفسي » ونوت الطلاق

« ليس لها أن تطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل لها أكثر منها

٤٩٧ إن قال « وهبتك لأهلك » فإن قبلوها فواحدة

« تعتبر النية من الواهب والموهوب

٤٩٨ لو باعها لغيره : كان لغواً

« لو نوى بالهبة والأمر والخيار الطلاق .

« من شرط وقوع الطلاق مطلقا : التلفظ به

« إذا قال « وهبتك لنفسك »

٥٠٠ خاتمة طبع الجزء الثامن

الإنصاف

في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل

تأليف شيخ الإسلام العلامة الفقيه المحقق

علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي

الحنبلي تمدد الله برحمته

صححه وحققه

محمد حامد الفقي

الجزء الثامن

الطبعة الأولى

على نسخة محققة ، مكتوبة في حياة المؤلف ، ومقروءة على المؤلف

حق الطبع محفوظ

٢٥ رمضان ١٣٧٦ هـ — ٢٥ ابريل ١٩٥٧ م

مطبعة السنة المحمدية
١٧ شارع شريف باشا الكبير ـ القاهرة
ت ١٧ ٧٩

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

فائدتان

إحداهما : « النكاح » له معنيان : معنى في اللغة ، ومعنى في الشرع

فمعناه في اللغة : الوطء . قاله الأزهري . وقيل للتزويج : نكاح ، لأنه سبب الوطء .

قال أبو عمرو ـ غلام ثعلب ـ ، الذي حصلناه عن ثعلب عن الكوفيين ، والمبرد عن البصريين : أن « النكاح » في أصل اللغة : هو اسم للجمع بين الشيئين قال الشاعر :

أيها المنكح الثريا سهيلا عمرك الله ، كيف يجتمعان ؟

وقال الجوهري : النكاح الوطء . وقد يكون العقد . و« نكحتها » و« نكحت هي » أي تزوجت .

وعن الزجاج : النكاح في كلام العرب بمعنى الوطء والعقد جميعاً . وموضع « نكح » في كلامهم لزوم الشيء الشيء راكباً عليه .

قال ابن جني : سألت أبا علي الفارسي عن قولهم « نكحها ؟ » .

فقال : فرقت العرب فرقاً لطيفاً ، يعرف به موضع العقد من الوطء . فإذا قالوا « نكح فلانة » أو « بنت فلان » أرادوا تزويجها ، والعقد عليها .

وإذا قالوا « نكح امرأته » لم يريدوا إلا المجامعة . لأن بذكر امرأته وزوجته يستغنى عن العقد .

قال الزركشي : فظاهره الاشتراك ، كالذي قبله ، وأن القرينة تعين .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : معناه في اللغة : الجمع والضم على أتم الوجوه

فإن كان اجتماعاً بالأبدان : فهو الإيلاج الذى ليس بعده غاية فى اجتماع البدنين .
وإن كان اجتماعا بالعقود فهو الجمع بينهما على الدوام واللزوم . ولهذا يقال :
استنكحه المذى ، إذا لازمه وداومه . انتهى .

ومعناه فى الشرع : عقد التزويج . فهو حقيقة فى العقد ، مجاز فى الوطء . على
الصحيح . اختاره المصنف ، والشارح ، وابن عقيل ، وابن البنا .

والقاضى فى التعليق — فى كون المحرم لا ينكح ، لما قيل له ، إن النكاح حقيقة
فى الوطء — قال : إن كان فى اللغة حقيقة فى الوطء ، فهو فى عرف الشرع للعقد .
قاله الزركشى . وجزم به الحلوانى ، وأبو على الصفير قاله فى الفروع

قال الحلوانى : هو فى الشريعة عبارة عن العقد بأوصافه ، وفى اللغة . عبارة
عن الجمع . وهو الوطء .

قال ابن عقيل : الصحيح أنه موضوع للجمع وهو فى الشريعة فى العقد
أظهر استكمالا . ولا نقول إنه منقول نقله ابن خطيب السلامية فى تعليقه على
المحرر وقدمه ابن منجا فى شرحه ، وصاحب الرعاية الكبرى ، والفروع .

وذلك لأنه أشهر فى الكتاب والسنة .

وليس فى الكتاب لفظ « النكاح » بمعنى الوطء ، إلا قوله تعالى (٢ ٢٣٠
حتى تنكح زوجاً غيره) على المشهور .

والصحة نفيه عن الوطء ، فيقال . هذا صحيح ، وليس بنكاح وصحة النفى :
دليل المجاز .

وقيل : هو حقيقة فى الوطء ، مجاز فى العقد .

اختاره القاضى فى أحكام القرآن ، وشرح الخرقى ، والعمدة وأبو الخطاب فى
الانتصار ، وصاحب عيون المسائل ، وأبو على الصفير .

قاله الزركشى ، وابن خطيب السلامية . لما تقدم عن الأزهرى ، وعلاه تعلب
والأصل عدم النقل .

قال أبو الخطاب : وتحريم من عقد عليها الأب استفدناه من الإجماع والسنة . وهو بالإجماع القطعي في الجملة

وقيل . هو مشترك ، يعني : أنه حقيقة في كل واحد منهما بانفراده وعليه الأكثر

قال في الفروع : والأشهر أنه مشترك .

قال القاضي في المحرر : قاله الزركشي ، والجامع الكبير

قال ابن خطيب السلامية : الأشبه بأصول ومذهبنا : أنه حقيقة في العقد والوطء جميعاً في الشريعة . لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج ، لدخولها في قوله تعالى (٤ : ٢٣ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وذلك لوردوها في الكتاب العزيز ، والأصل في الإطلاق : الحقيقة .

قال ابن خطيب السلامية ، قال أبو الحسين : النكاح عند الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ حقيقة في الوطء والعقد جميعاً . وقاله أبو حكيم .

وجزم به ناظم المفردات ، وهو منها .

وقيل : هو حقيقة فيهما معاً . فلا يقال : هو حقيقة على أحدهما بانفراده بل على مجموعهما . فهو من الألفاظ المتواطئة .

قال ابن رزين : والأشبه أنه حقيقة في كل واحد باعتبار مطلق الضم لأن التواطؤ خير من الاشتراك والمجاز . لأنهما على خلاف الأصل . انتهى

وقال ابن هبيرة وقال مالك وأحمد رحمهما الله : هو حقيقة في العقد والوطء جميعاً . وليس أحدهما أخص منه بالآخر . انتهى .

مع أن هذا اللفظ محتمل أن يريد به الاشتراك

وقال في الوسيلة : كما قال ابن هبيرة ، وذكر : أنه عند الإمام أحمد رحمه الله كذلك انتهى

والفرق بين الاشتراك والتواطؤ : أن الاشتراك يقع على كل واحد منهما

بانفراده حقيقة ، بخلاف المتواطئ ، فإنه لا يقال حقيقة إلا عليهما مجتمعين لا غير . والله أعلم

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : هو في الإثبات لهما ، وفي النهي لكل منهما ، بناء على أنه إذا نهي عن شيء نهي عن بعضه ، والأمر به أمر بكله ، في الكتاب والسنة والكلام ، فإذا قيل — مثلا — « انكح ابنة عمك » كان المراد العقد والوطء .

وإذا قيل « لا تنكحها » تناول كل واحد منهما .

الثانية : قال القاضي : المعقود عليه في النكاح : منفعة ، أي الانتفاع بها ، لا ملكها ، وجزم به في الفروع .

قال القاضي أبو الحسين في فروعه : والذي يقتضيه مذهبنا أن المعقود عليه في النكاح منفعة الاستمتاع ، وأنه في حكم منفعة الاستخدام .

قال صاحب الوسيلة : المعقود عليه منفعة الاستمتاع .

وقال القاضي في أحكام القرآن : المعقود عليه الحل ، لا ملك المنفعة .

قال في القاعدة السادسة والثمانين : ترددت عبارات الأصحاب في مورد عقد النكاح : هل هو ملك ، أو استباحة ؟ فمن قائل : هو ملك .

ثم ترددوا : هل هو ملك منفعة البضع ، أو ملك الانتفاع بها ؟

وقيل : بل هو الحل لا الملك ، وهذا نفع الاستمتاع من جهة الزوجة ، مع أنه لا ملك ه

وقيل : بل المعقود عليه الازدواج ، كالمشاركة ، وهذا فرق الله سبحانه وتعالى بين الازدواج وملك اليمين .

وإليه مال الشيخ تقي الدين رحمه الله .

فيكون من باب المشاركات ، لا المعاوضات .

قوله (النِّكَاحُ سُنَّةٌ) .

اعلم أن للأصحاب فى ضبط أقسام النكاح طرقا

أشهرها وأصحها أن الناس فى النكاح على ثلاثة أقسام .

القسم الأول : من به شهوة ، ولا يخاف الزنا . فهذا النكاحُ فى حقه مستحب

على الصحيح من المذهب . نص عليه وعليه جماهير الأصحاب

قال الزركشى : هذا المشهور من الروايتين

قال الشارح وغيره : هذا هو المشهور فى المذهب

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفائق ، والهداية ، وغيرهم .

وعنه : أنه واجب على الإطلاق

اختاره أبو بكر ، وأبو حفص البرمكى ، وابن أبى موسى

وقدمه بعض من قدمه وهو منهم

وأطلقهم فى الهداية ، والمذهب ، والمسبوك ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير

وهو القاضى فى الرواية الثانية على من يخشى على نفسه مواقعة المحظور بترك النكاح

تنبيه : هذا كلام المصنف وغيره . أنه لا فرق فى ذلك بين الغنى والفقير .

وهو صحيح وهو المذهب . نص عليه

نص صالح المقترض والتزوج

وجزم به ابن رزين فى شرحه وقدمه فى الفروع ، والفائق

قال الآمدى : يستحب فى حق الغنى والفقير ، والصحيح والمعتدل ، والراغب والزاهد . قال الإمام أحمد رحمه الله تزوج وهو لا يجد القوت .

وقيل : لا يتزوج فقير إلا عند الضرورة

وقيده ابن رزين فى مختصره بموسر . وجزم به فى النظم

قلت : وهو منصوص فى هذه الأزمنة . واختاره صاحب المنهج .

وبأتى كلامه فى تعداد الطرق .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : فيه نزاع فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله وغيره

القسم الثانى : من ليس له شهوة - كالعنين ، ومن ذهبت شهوته ، لمرض أو كبر ، أو غيره .

عموم كلام المصنف هنا : أنه سنة فى حقه أيضاً .

وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم وهو احدى الروايتين ، والوجهين .

واختاره القاضى فى المجرد ، فى باب الطلاق والخصال ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى البلغة ، وغيره .

والقول الثانى : هو فى حقهم مباح . وهو الصحيح من المذهب

اختاره القاضى فى المجرد فى باب النكاح . وابن عقيل فى التذكرة ، وابن البنا ، وابن بطة .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين ، وتجريد العناية . وجزم به فى المنور

قال فى منتخبه : يسن للمتزوج وأطلقهما فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والنظم ، والمستوعب ، وشرح ابن منجا ، والدموع ، والفائق .

وقيل : يكره وما هو بعيد فى هذه الأزمنة .

وحكى عنه : يجب وهو وجه فى الترغيب

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : كلام صاحب المحرر يدل على أن رواية وجوب النكاح منتفية فى حق من لا شهوة له .

وكذلك قال القاضى ، وابن عقيل ، والأكثرون .

ومن الأصحاب من طرد فيه رواية الوجوب أيضاً .

نقله صاحب الترغيب وهو مقتضى إطلاق الأكثرين .

ويأتي التنبيه على ذلك في تعداد الطرق .

القسم الثالث : من خاف العنت .

فالنكاح في حقه هذا : واجب . قولاً واحداً ، إلا أن من عقبي ذكر رواية : أنه غير واجب .

ويأتي كلامه في تعداد الطرق .

قال الزركشي : ولعله أراد بخوف العنت : خوف المرض والمشقة ، لا خوف الزنا . فإن العنت يفسر بكل واحد من هذه .

تنبيهات

أحدها : « العنت » هنا : هو الزنا . على الصحيح .

وقيل : هو الهلاك بالزنا . ذكره في المستوعب .

الثاني : مراده بقوله « إلا أن يخاف على نفسه مواقعة المحظور » إذا علم وقوع ذلك أو ظنه فاله الأصحاب

وقال في الفروع : ويتوجه إذا علم وقوعه فقط .

الثالث : هذه الأقسام الثلاثة . هي أصح الطرق . وهي طريقة المصنف ، والشارح ، وغيرهما

قال الزركشي : هي الطريقة المشهورة .

وقال ابن شيخ السلامية في نكته على المحرر : ذكر غير واحد من أصحابنا في وجوب النكاح : روايتين . واختلفوا في محل الوجوب .

فمنهم : من أطلقه ولم يقيده بحال . وهذه طريقة أبي بكر ، وأبي حفص ، وابن الزاغوني .

قال في مفرداته : النكاح واجب في إحدى الروايتين .

وكذلك أطلقه القاضي أبو علي الصغير في مفرداته ، وأبو الحسين ، وصاحب الوسيلة

وقد وقع ذلك في كلام الإمام أحمد رحمه الله لما سئل عن القرعة ، فقال : أراه واجباً

وأتى بلى هذا أبو البركات ، حيث قال : وعنه الوجوب مطلقاً

قلت وهو ظاهر كلام جماعة من أصحابه ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم

قلت وهو ضعيف جداً فيمن لا شهوة له

قال : ومنهم من خص الوجوب بمن يجد الطول ، ولا يخاف العنت

قال في المستوعب : فهذا يجب عليه النكاح رواية واحدة

وكذا قال في الترغيب ، وابن حمدان ، وأبو البركات

وعليها حمل القاضي إطلاق الإمام أحمد رحمه الله وأبي بكر

قلت وقيده ابن عقيل بذلك أيضاً ، وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله قال : وظاهر كلام أحمد والأكثرين : أن ذلك غير معتبر

واختار ابن حامد عدم الوجوب حتى في هذه الحالة

قلت الذي يظهر أن هذا خطأ من نقل عنه

ومن أصحابنا من أجرى الخلاف فيه

فحكى ابن عقيل في التذكرة — في وجوب النكاح على من يخاف العنت ولا يجد الطول — روايتين

ومنهم من حمل محل الوجوب في الصورة الأولى ، وهذه الصورة

ومنهم من حمل الخلاف في الصورة الثانية ، وهو من يجد الطول ، ولا يخاف العنت وله شهوة

فهؤلاء حملوا محل الخلاف غير واحد وحكوا فيه روايتين وهذه طريقة القاضي ، وأبي البركات .

وقطع الشيخ موفق الدين رحمه الله بعدم الوجوب من غير خلاف، وكذلك القاضي في الجامع الكبير، وابن عقيل في التذكرة.

واختاره ابن حامد، والشريف أبو جعفر.

قالوا: ويدل على رجحانها في المذهب أن الإمام أحمد رحمه الله لم يتزوج حتى صار له أربعون سنة، مع أنه كان له شهوة.

ومنهم: من جعل محل الوجوب في الصورتين المتقدمتين وفي صورة ثالثة، وهو من يجد الطول ولا شهوة له. حكاه في الترغيب.

قال أبو العباس: وكلام القاضي وتعليله يقتضي أن الخلاف في الوجوب ثابت، وإن لم يكن له شهوة.

ومنهم: من جعل محل الوجوب القدرة على النفقة والصداق.

قال في المنهج: النكاح مستحب، وهل هو واجب أم لا؟ ينظر فيه.

فإن كان فقيراً لا يقدر على الصداق، ولا على ما يقوم بأودا زوجة: لم يجب، رواية واحدة.

وإن كان قادراً مستطيعاً ففيه وجهان، لا يجب، وهي المنصورة، والوجوب.

قال: قلت: وتابعه في ذلك كثير من الأصحاب.

ومنهم: من أضاف قيداً آخر، فجعل الوجوب مختصاً بالقدرة على نكاح الحرة.

قال أبو العباس: إذا خشي العنت جاز له التزوج بالأمة، مع أن تركه أفضل، أو مع الكراهة وهو يخاف العنت، فيكون الوجوب مشروطاً بالقدرة على نكاح الحرة.

قلت: قدم في الفروع: أنه لا يجب عليه نكاح الحرة.

قال القاضي، وابن الجوزي، والمصنف، وغيرهم: يباح ذلك، والصبر عنه أولى.

وقال في الفصول: في وجوبه خلاف.

واختار أبو يعلى الصغير الوجوب.

قلت : الصواب أنه يجب إذا لم يجد حرة .

ومنهم : من جعل الوجوب من باب وجوب الكفاية لا العين .

قال أبو العباس : ذكر أبو علي الصغير — في ضمن مسألة التحلي لنوافل العبادة — إنا إذا لم نوجبه على كل واحد فهو فرض على الكفاية .

قلت . وذكر أبو الفتح ابن المنى أيضاً : أن النكاح فرض كفاية فكان الاشتغال به أولى . كالجهاد

قال : وكان القياس يقتضي وجوبه على الأعيان تركناه للحرج والمشقة . انتهى .

وانتهى كلام ابن خطيب السلامية ، مع ما رددنا عليه فيه .

فوائد

الأولى : حيث قلنا بالوجوب ، فإن امرأة كالرجل في ذلك . أشار إليه أبو الحسين ، وأبو حكيم النهرواني ، وصاحب الوسيلة فقاله ابن خطيب السلامية .

الثانية على القول بالوجوب : لا يكفي مرة واحدة في العمر على الصحيح من المذهب .

قال ابن خطيب السلامية في النكت . جمهور الأصحاب أنه لا يكفي مرة واحدة . بل يكون النكاح في مجموع العمر لقول الإمام أحمد رحمه الله : ليست العزوبة في شيء من أمر الإسلام .

وقدم في الفروع . أنه لا يكفي مرة واحدة

وقال أبو الحسين ، في فروعه : إذا قلنا بالوجوب ، فهل يسقط الأمر به في حق الرجل والمرأة مرة واحدة ، أم لا ؟

ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أنه لا يسقط . لقول الإمام أحمد في رواية المروذي : ليست العزوبة من الإسلام . وهذا الاسم لا يزول بمرة . وكذا قاله صاحب الوسيلة ، وأبو حكيم النهرواني

وفى المذهب لابن الجورى ، وغيره . يكتفى بالمرة الواحدة لرجل وامرأة .

وجزم به فى عيون المسائل ، وقال : هذا على رواية وجوبه .

ونقل ابن الحكم : أن الإمام أحمد رحمه الله قال : المتمتع هو الذى لم يتزوج قط

قلت : وينبغى أن يستثنى هذا الخلاف على القول بالاستحباب أيضاً .

وهو ظاهر كلامه فى الفروع ، بخلاف صاحب المحرر .

الثالثة : وعلى القول بوجوبه : إذا راجعه الحج الواجب .

فقد تقدم لو خاف العنت من وجب عليه الحج ، فى كتاب الحج

وذكرنا هناك الحكم والتفصيل . فليراجع .

الرابعة : فى الاكتفاء بالعقد استمناء بداعث الطبعى عن الشرعى وجهان .

ذكرهما فى الواضح . وأطلقهما فى الفروع ، والفائق .

قال ابن عقيل فى المفردات : قياس المذهب عندى : يقتضى إيجابه شرعاً ،

كما يجب على المضطر تملك الطعام والشراب ، وتناولهما

قال ابن خطيب السلامية ، فى تكملته على المحرر : وحيث قلنا بالوجوب ،

فالواجب هو العقد وأما نفس الاستمتاع ، فقال القاضى . لا يجب . بل يكتفى

فيه بداعية الوطء ، وحيث أوجبنا الوطء . فإنما هو لإيفاء حق الزوجة لا غير . انتهى .

الخامسة : ما قاله أبو الحسين : هل يكتفى عنه بالتسرى ؟ فيه وجهان .

وتبعه فى الفروع . وأطلقهما فى الفائق والزركشى .

قال ابن أبى المجد فى مصنفه . ويجزىء عنه التسرى فى الأصح

قال فى القواعد الأصولية : والذى يظهر الاكتفاء .

قال ابن نصر الله فى حواشى الزركشى : أصحهما لا يندفع فليتزوج . فأمر

بالتزوج .

قال ابن خطيب السلامية : فيه احتمالان ذكرهما ابن عقيل فى المفردات ،

وابن الزاغونى

ثم قال : ويشهد لسقوط النكاح قوله تعالى (٤ : ٣ فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة ، أو ما ملكت أيمانكم) انتهى

قلت : وهو الصواب .

وقال بعض الأصحاب : الأظهر أن الوجوب يسقط به مع خوف العنت وإن لم يسقط مع غيره

السادسة على القول باستحبابه : هل يجب بأمر الأبوين ، أو بأمر أحدهما ؟

قال الإمام أحمد رحمه الله ، في رواية صالح ، وأبي داود : إن كان له أبوان يأمرانه بالتزويج : أمرته أن يتزوج ، أو كان شاباً يخاف على نفسه العنت . أمرته أن يتزوج .

فجعل أمر الأبوين له بمنزلة خوفه على نفسه العنت .

قال الإمام أحمد رحمه الله . ومتى يخاف ؟ طلاق لا يتزوج أبداً ، إن أمره أبوه تزوج

السابعة . وعلى القول أيضاً بعدمه وجوبه هل يجب بالنذر ؟

صرح أبو يعلى الصغير في مفرداته : أنه يلزمه بالنذر

قلت . وهو داخل في عمومات كلامهم في نذر التبرر

الثامنة : يجوز له النكاح بدار الحرب للضرورة . على الصحيح من المذهب

ونقل ابن هانيء : لا يتزوج ، وإن خاف

وإن لم يكن به ضرورة للنكاح ، فليس له ذلك . على الصحيح

قال ابن خطيب السلامية في نكته : ليس له النكاح . سواء كان به ضرورة ، أو لا ؟

قال الزركشي . فعلى تعليل الإمام أحمد رحمه الله : لا يتزوج ولا مسلمة .

ونص عليه في رواية حنبل ولا يطأ زوجته إن كانت معه ونص عليه في رواية الأثرم وغيره

وعلى مقتضى تعليله : له أن يتزوج آيسة ، أو صغيرة . فإنه علل ، وقال : من أجل الولد ، لئلا يستعبد .

وقال في المغني في آخر الجهاد : وأما الأسير ، فظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : لا يحل له التزوج مادام أسيراً .

وأما الذي يدخل إليهم تاجراً ـ كالتاجر ونحوه ـ فلا يمنع له التزوج فإن غلبت عليه الشهوة : أبيح له نكاح المسلمة ، وليعزل عنها ولا يخرج منها نسمة

وقيل : يباح له النكاح مع عدم الضرورة

وأطلقهما في الفروع ، فقال : وله النكاح بدار حرب لضرورة ، وبدونها وجهان . وكرهه الإمام أحمد رحمه الله وقال : لا يتزوج ولا يشتري إلا أن يخاف على نفسه .

وقال أيضاً : ولا يطلب الولد .

وثانيها : هل يباح نكاح الحربيات أم لا ؟ في باب المحرمات في النكاح .

تنبيه : حيث حرم نكاحه للا ضرورة ، وفعل . وجب عزله ، وإلا استحب عزله . ذكره في الفصول .

قلت : فيعايى به

قوله ﴿ والاشتغالُ به أفضلُ من التَّخلِّي لنوافلِ العبادةِ ﴾ .

يعني حيث قلنا يستحب ، وكان له شهوة وهذا المذهب مطلقاً نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم

وقال أبو علي الصغير : لا يكون أفضل من التخلي إلا إذا قصد به المصالح المعلومة أما إذا قصدها : فلا يكون أفضل

وعنه : التخلي لنوافل العبادة أفضل ، كما لو كان مسدوم الشهوة . حكاها

أبو الحسين فى التمام ، وابن الزاغونى . واختارها ابن عقيل فى المفردات . وهى احتمال فى الهداية ، ومن تبعه .

وذكر أبو الفتح بن المنى : أن النكاح فرض كفاية فكان الاشتغال به أولى ، كالجهاد . كما تقدم .

قوله ﴿ وَيُسْتَحَبُّ تَخَيُّرُ ذَاتِ الدِّينِ الوَلُودِ البِكْرِ الحَسِيبَةِ الأَجْنَبِيَّةِ ﴾ بلا نزاع .

ويستحب أيضاً . أن لا يزيد على واحدة ، إن حصل بها الإعفاف . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى الهدى ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى الهداية ، والمستوعب ، وإدراك الغاية ، والفائق : والأولى أن لا يزيد على نكاح واحدة .

قال الناظم : وواحدة أقرب إلى العدل .

قلت فى تجريد الغاية : هذا الأشهر .

قال ابن حمدان السلامية : جمهور الأصحاب استحبوا أن لا يزيد على واحدة

قال ابن الجوزى : إلا أن لا تعفه واحدة . انتهى .

وقيل يستحب الثنتان ، كما لو لم تعفه . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فإنه قال : نقرض وتزوج . لينه إذا تزوج اثنتين نفقت .

وهو ظاهر كلام ابن عقيل فى مفرداته

قال ابن رزين فى النهاية : يستحب أن لا يزيد على واحدة . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ لِمَنْ أَرَادَ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ : النَّظَرُ ﴾ .

هذا المذهب أعنى أنه يباح

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمسبوك ، والخلاصة ، والكافى ، والرعايتين والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، ونجزم به العمدة .

وقيل : يستحب له النظر

جزم به أبو الفتح الحلوانى ، وابن عقيل ، وصاحب الترغيب ، وغيرهم .

قلت : وهو الصواب

قال الزركشى : وحمله ابن عقيل وابن الجوزى مستحباً ، وهو ظاهر الحديث[1]

مراده : ابن الجوزى .

قال ابن رزين فى شرحه : ليس ببدعاً . كذا قال .

وأطلق الوجهين فى خطبة السلامية

وقال : قلت : وينبغى تقييد ذلك بمن إذا خطبها غلب على ظنه إجابته إلى نكاحها

وقاله ابن رجب فى تعليقه على المحرر . ذكره عنه فى القواعد الأصولية .

قلت : وهو كما قال ، وهو مراد الإمام والأصحاب قطعاً .

قوله ﴿ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِهَا ﴾ .

يعنى فقط من غير حاجة منها ، هذا إحدى الروايتين عن الإمام أحمد رحمه الله

جزم به فى الجامع ، والوجيز ، ونظم المفردات .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : هذا أصح الروايتين .

وقدمه فى الهداية ، والمسبوك ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وإدراك الغاية ، وشرح ابن رزين ، ونجزم به العمدة

قال الزركشى : صححها القاضى فى خلافه ، وابن عقيل .

---

(١) روى أحمد والترمذى والنسائى وابن ماجه عن المغيرة بن شعبة « أنه خطب امرأة ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : انظر إليها ، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما »

وهو من مفردات المذهب .

وعنه له النظر إلى ما يظهر عادة كالرقبة ، واليدين ، والقدمين وهو مذهب

قال في تجريد العناية : هذا الأصح . ونصره الناظم

وإليه ميل المصنف ، والشارح

وحمل كلام الخرقي وأبي بكر الآتي على ذلك وجزم به في العمدة

وقدمه في المحرر ، والفروع ، والفائق وأطلقهما في الكافي

وقيل له النظر إلى الرقبة ، والقدم ، والرأس ، والساق

وعنه له النظر إلى الوجه والكفين فقط حكاهما ابن عقيل وحكاه

بعضهم قولاً ، بناء على أن اليدين ليستا من العورة

قال الزركشي وهي اختيار من زعم ذلك

قال القاضي في التعليق : المذهب المعول عليه إلى منع من النظر ما هو عورة

ونحوه

قال الشريف ، وأبو الخطاب - في خلافيهما - : ويجوز أبو بكر النظر إليها في

حال كونها حاسرة

وحكى ابن عقيل رواية أن له النظر إلى ما عدا العورة المغلظة . ذكرها في

المفردات

والعورة المغلظة : هي الفرجان . وهذا مشهور عن داود الظاهري

تنبيه : حيث أبحنا له النظر إلى شيء من بدنها ، فله تكرار النظر إليه ، وأمل

المجلس كل ذلك إذا أمن الشهوة قيده بذلك الأصحاب

تنبيه آخر : مقتضى قوله « ويجوز لمن أراد خطبة امرأة » أن يحل النظر قبل

الخطبة وهو صحيح

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله ويمكن أن يكون النظر بعد العزم على

نكاحها وقبل الخطبة

وأمرتان

إحداهما: قال الإمام أحمد رحمه الله: إذا خطب رجل امرأة سأل عن جمالها أولاً، فإن أحمد سأل عن دينها، فإن أحمد تزوج، وإن لم يحمد، يكون رده لأجل الدين، ولا يسأل أولاً عن الدين، فإن أحمد سأل عن الجمال، فإن لم يحمد ردها. فيكون رده للجمال لا للدين.

الثانية: قال ابن الجوزي: ومن ابتلي بالهوى، فأراد التزوج، فليجتهد في نكاح التي ابتلي بها، إن صح ذلك وجاز، وإلا فليتخير ما يظنه مثلها.

قوله ﴿ وله النظر إلى ذلك، وإلى الرأس، والساقين من الأمة المستامة ﴾

يعني له النظر إلى ما يظهر غالباً، وإلى الرأس والساقين منها، وهو المذهب جزم به في الوجيز، والهداية، والمذهب، والخلاصة.

وقدمه في المحرر، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق، والمستوعب.

وعنه: النظر سوى عورة الصلاة، جزم به في الكافي، فقال: ويجوز لمن أراد شراء جارية النظر منها إلى ما عدا عورتها.

وقيل: النظر غير ما بين السرة والركبة.

قال الناظم: هذا المقدم.

وقيل: حكمها في النظر كالمخطوبة.

وقال الحنبلي: لا بأس أن يقلبها إذا أراد شراءها من فوق ثيابها، لأنها لا حرمة لها.

قال القاضي: أحد تقليب الظهر والصدر، يعني منه من فوق الثياب.

قوله ﴿ ومن دونت محارمه ﴾.

يعني : يجوز له النظر من ذوات محارمه إلى مالا يظهر عادة ، وإلى الرأس والساقين . وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

واعلم أن حكم ذوات محارمه حكم الأمة المستدمة في النظر ، خلافاً ومذهباً . على الصحيح من المذهب . وقطع به الأكثر .

وعنه لا ينظر من ذوات محارمه إلى غير الوجه ذكره في الرعاية وغيرها .

وعنه : لا ينظر منهن إلا إلى الوجه والكفين .

فائدتان

إحداهما : حكم المرأة في النظر إلى محارمها : حكمهم في النظر إليها قاله في الفروع ، وغيره .

الثانية : ذوات محارمه من يحرم نكاحها عليه على التأبيد بنسب أو سبب مباح . فلا ينظر إلى أم امرأته بها ، ولا إلى ابنتها ، ولا إلى بنت الموطوءة بشبهة . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَلِلْعَبْدِ النَّظَرُ إِلَيْهَا مِنْ مَوْلَاتِهِ ﴾ .

يعني إلى الوجه والكفين . وهذا أحد القولين .

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمسبوك ، والخلاصة ، والوجيز ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وصححه في النظم واختاره ابن عبدوس في تذكرته

وقدمه في المحرر ، والشرح ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

والصحيح من المذهب : أن للعبد النظر من مولاته إلى ما ينظر إليه الرجل من ذوات محارمه ، على ما تقدم حلافاً ومذهباً قدمه في الفروع وجزم به في الكافي وعنه : المنع من النظر للعبد مطلقاً . نقله ابن هانيء . وهو قول في الرعاية الكبرى

قال الشارح : وهو قول بعض أصحابنا . وما هو ببعيد .

فائدة : قال فى الفروع : وظاهر كلامهم لا نظر عند مشترك ، ولا بنظر الرجل أمة مشتركة . لعموم منع النظر ، إلا من عندها وأمته انتهى .

وقال بعض الأصحاب : للعبد المشترك بين النساء النظر إلى جميعهن . لوجود المحاجة بالنسبة إلى الجميع .

وجزم به فى تجريد العناية ، فقال : ولعبد — ولو مبعضاً — نظر وجه سيدته وكفيها .

وذكر المصنف فى قنه به : أنه يجوز لمن جميعهن النظر إليه محاجتهن إلى ذلك بخلاف الأمة المشتركة بين رجال ليس لأحد منهم النظر إلى عورتها .

قوله (وَلِغَيْرِ أُولِى الإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْبُوبِ وَنَحْوِهِمَا النَّظَرُ إِلَى ذَلِكَ) .

يعنى : إلى الوجه والكفين وهذا أحد الوجهين صححه فى النظم

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق

وقيل : حكمهم حكم السيد مع سيدته فى النظر وهو المذهب . قدمه فى الفروع

قال فى الكافى . ونفى : حكمهم حكم ذى المحارم فى النظر . وقطع به .

وقيل : لا يحرم النظر مطلقاً

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وكثير من الأصحاب : أن الخصى والمجبوب لا يجوز لهما النظر إلى الأجنبية . وهو صحيح وهو المذهب

قال الأثرم : استطعم الإمام أحمد رحمه الله إدخال الخصيان على النساء .

وقدمه فى الفائق ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

قال ابن عقيل: لا تباح خلوة النساء بالخصيان ولا بالمجبوبين لأن العضو وإن تعطل، أو عدم، فشهوة الرجال لا ترون من قلوبهم ولا يؤمن التمتع بالقبل وغيره. وكذلك لا تباح خلوة الفحل بالإماء من النساء لهذه العلة. انتهى.

وقيل: هما كذي محرم، وهو احتمال في الهداية.

قال في الفروع: ونصه لا.

وقال في الانتصار: الخصي بكسر النشاط، وهذا يؤمن على الحرم.

قوله ﴿ وللشاهد والمبتاع النظر إلى وجه المشهود عليها ومن تعامله ﴾

هذا أحد الوجهين، وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، والوجيز، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم.

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله أنه ينظر إلى وجهها وكفيها إذا كانت تعامله.

وذكر ابن رزين أن الشاهد والمبتاع ينظران إلى ما يظهر عادة.

فائدة: ألحق في الرعايتين، والحاوي الصغير المستأجر بالشاهد والمبتاع.

وفي الرعاية الكبرى: والمؤجر والبائع.

ونقل حرب ومحمد بن أبي حرب في البائع: ينظر كفيها ووجهها إن كانت عجوزاً حوت، وإن كانت شابة تشتهى أكره ذلك.

تنبيه: إباحة نظر هؤلاء مقيد بحاجتهم.

فائدة: من ابتلي بخدمة مريض أو مريضة في وضوء أو استنجاء أو غيرهما فحكمه حكم الطبيب في النظر ومس ما نص عليه.

وكذا لو حلق عانة من لا يحسن حلق عانته نص عليه. وقاله أبو الوفاء، وأبو يعلى الصغير.

قوله ﴿ وَلِلصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ ، غَيْرِ ذِي الشَّهْوَةِ : النَّظَرُ إِلَى مَا فَوْقَ السُّرَّةِ وَتَحْتَ الرُّكْبَةِ ﴾

هذا المذهب وعليه الأصحاب

وعنه هو كالمحرم وأطلق في الكافي في المميز روايتين

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ ذَا شَهْوَةٍ فَهُوَ كَذِي الْمَحْرَمِ ﴾

وهو المذهب اختاره ابن عبدوس في تذكرته

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع

وعنه أنه كالأجنبي وأطلقهما في الكافي ، والفائق ، والقواعد الأصولية .

وقيل كالطفل ذكره في الرعاية الكبرى

قلت وهو ضعيف جداً

وقال في الرعاية الصغرى فهو كذي محرم

وعنه كأجنبي بالغ

فائدتان

إحداهما : حكم بنت تسع حكم المميز ذي الشهوة ، على الصحيح من المذهب .

وذكر أبو بكر قول الإمام أحمد في رواية عبد الله ، رواية عن النبي صلى الله عليه وسلم « إذا بلغت المحيض فلا تكشف إلا وجهها ويديها » .

ونقل جعفر — في الرجل عنده الأمة والنبيمة — لا ينظر ، وأنه لا بأس بنظر الوجه بلا شهوة

الثانية : لا يجوز النظر إلى عورة الطفل والطفلة قبل السبع ، ولا لمسها .

نص عليه

ونقل الأثرم — فى الرجل يضع الصغيرة فى حجره و تقبلها — إن لم يجد شهوة . فلا بأس .

ولا يجب سترهما مع أمن الشهوة . جزم به فى الزعايتين ، والحاوى الصغير وقال فى الفائق : ولا بأس بالنظر إلى طفلة غير صالحة للنكاح غير شهوة .

وهل هو محدود بدون التسع ، أو بدون ما تشتهى عادة ؟ على وجهين

قوله ﴿ وَلِلْمَرْأَةِ مَعَ الْمَرْأَةِ ، وَالرَّجُلِ مَعَ الرَّجُلِ : النَّظَرُ إِلَى مَا عَدَا مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ ﴾ .

يجوز للمرأة المسلمة النظر من المرأة المسلمة إلى ما عدا ما بين السرة والركبة جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمصنف هنا ، وصاحب الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم وقدمه فى الرعاية الكبرى .

والصحيح من المذهب . أنها لا تنظر منه إلا إلى غير العورة .

وجزم به فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والفائق ، والمنور .

ولعل من قطع أولاً . أراد هذا

لكن صاحب الرعاية عبر بين القولين وهو الظاهر .

[ومرادهم بعورة المرأة هنا كعورة الرجل على الخلاف صرح به الزركشى فى شرح الوجيز] (١)

وأما الكافرة مع المسلمة ، فالصحيح من المذهب أن حكمها حكم المسلمة مع المسلمة . جزم به فى الوجيز وغيره وقدمه فى المغنى والشرح ، وصححه فى الكافى وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

وعنه : لا تنظر الكافرة من المسلمة مالا يظهر غالباً

---

(١) زيادة من نسخة طلعت .

وعنه هي معها كالأجنبي قدمه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاوي الصغير. وقالوا: نص عليه.

وقطع به الخرقي في النصرة.

واستثنى القاضي أو بعلى - على هذه الرواية - الكافرة المملوكة المسلمة. فإنه يجوز أن تظهر على مولاتها كالمسلمة وأطلقهما في المذهب.

فائدة: يجوز أن تكون الكافرة قابلة للمسلمة للضرورة، وإلا فلا.

نص عليه

وأما الرجل مع الرجل - ولو كان أمرد - فالمذهب أنه لا ينظر منه إلا مابين السرة والركبة. وعليه الأصحاب. وجزم به في الفروع، وغيره

وقدمه في الرعاية الكبرى[1] وقال: وقيل: فقط غير العورة

فيحتمل أنه كالأول. لكن عند صاحب الرعاية أنه أعم من الأول

قوله ﴿ ويُباحُ لِلمرأةِ النظرُ مِن الرَّجُلِ إلى غيرِ العَوْرَةِ ﴾

هذا المذهب. جزم به في الوجيز، وغيره

وقدمه في الفروع، والفائق، والمحـ

وقال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب

وهنه: يباح لها النظر منه إلى مايظهر غالباً.

وعنه: لا يباح النظر إليه وقدمه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاوي الصغير.

وقطع به ابن البـ واختاره أبو بكـ قاله القاضي نقله الشيخ تقي الدين رحمه الله في شرح المحرر.

---

(١) في نسخة مكتبة حذف وأما الرجل مع الرجل - ولو كان أمرد - فالمذهب. أنه ينظر منه إلى غير العورة. وعليه الأصحاب. وجزم به في الفروع وغيره. وقال في الرعاية الكبرى: ينظر مابين السرة والركبة.

وقال ابن عقيل أيضاً يحرم النظر .

ونقل القاضي أيضاً عن أبي بكر الكراهة

وقال الشيخ تقي الدين في شرح المحرر ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والقاضي كراهة نظرها إلى وجهه ، وبدنه ، وقدميه واختار الكراهة

وقيل لا يحرم النظر إلى ما يظهر عادة وقت مهنة وغفلة

تنبيه : قال في الفروع : أطلق الأصحاب إباحة النظر لدواء إلى غير العورة من الرجل

ونقل الأثرم إيجاب النظر على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم

قال ابن عقيل في الفنون : قال أبو بكر لا يختلف رواية أنه لا يجوز لهن

قال في الفروع : ويؤيد الأول أن الإمام أحمد رحمه الله لم يجب بالتخصيص في الأخبار التي في مسألة

وقال القاضي في الروايتين : يجوز لهن رواية واحدة لأنهن في حكم الأمهات في الحرمة والتحريم فحرمة رقبتهن في هذا القدر بقية النساء

قلت : وهذا أولى

لوامع

منها : يجوز النظر من الأمة ، وممن لا يشتهى - كالعجوز ، والبرصاء ، والقبيحة ونحوهم - إلى غير عورة الصلاة ، على الصحيح من المذهب

واختار المصنف ، والشارح : يجوز النظر من ذلك إلى ما لا يظهر عادة

وقال في الرعاية الكبرى : ويباح نظر وجه كل عجوز ، ذات همة ، ومن لا يشتهى مثلها عادة ، وما ليس بعورة منها ومنه ومصافحتها ، والسلام عليها ، إن أمن على نفسه ومعناه في الرعاية الصغرى ، والحاوي

ونقل حنبل : إن لم تحتمل الأمة فلا بأس

وقيل : الأمة والقبيحة كالحرة والجميلة .

ونقل المروذي: لا ينظر إلى المتبركة، كم من نظرة ألقت في قلب صاحبها البلابل؟

ونقل ابن منصور: لا يلتفت لأمه، ونقل أيضاً: يلتفت لجميلة

وكذا نقل أبو حامد الخفاف

قال القاضي: لكن يمكن حمل ما أطلقه على ما قيده

قلت: الصواب أن جميلة يلتفت، وأنه يجوز النظر إليها كما يجوز النظر إلى الحرة الأجنبية

فصل: حيث قلنا [illegible] وجهان وأطلقهما في الفروع

قلت: الصواب التحريم

ومنها: الخنثى المشكل في النظر إليه كالمرأة، [illegible] ذكره ابن عقيل.

قال في الفروع: ويخرج وجه من ستر العورة في الصلاة أنه كالرجل

وقال في الرعاية: وإن [illegible] الخنثى المشكل بذكر أو أنثى، أو مال إلى أحدهما فله حكمه في ذلك

وقال: قلت: لا يزوج [illegible] صار أو سمى، وإلا فهو مع امرأة كالرجل، ومع رجل كامرأة

ومنها: ظاهر كلام المصنف، وأكثر الأصحاب أنه لا يجوز للرجل النظر إلى غير من تقدم ذكره، فلا يجوز له النظر إلى الأجنبية قصداً، وهو صحيح، وهو المذهب

وجوز جماعة من الأصحاب [illegible] الرجل من الحرة الأجنبية إلى ما ليس بعورة صلاة

وجزم به في المستوعب في آدابه، وذكره الشيخ تقي الدين رواية

قال القاضي : المحرم ما عدا الوجه والكفين .

وصرح القاضي في الجامع : أنه لا يجوز النظر إلى المرأة الأجنبية لغير حاجة

ثم قال : النظر إلى العورة محرم ، وإلى غير العورة : مكروه .

وهكذا ذكر ابن عقيل ، وأبو الحسين .

وقال أبو الخطاب : لا يجوز النظر لغير من ذكرنا ، إلا أن القاضي أطلق هذه العبارة . وحكى الكراهة في غير العورة .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : هل يحرم النظر إلى وجه الأجنبية لغير حاجة ؟ رواية عن الإمام أحمد : يكره ، ولا يحرم .

وقال ابن عقيل : لا يحرم النظر إلى وجه الأجنبية إذا أمن الفتنة . انتهى .

قلت : وهذا الذي لا يسع الناس غيره ، خصوصاً للجيران والأقارب غير المحارم الذين نشأ بينهم . وهو مذهب الشافعي .

وإني في آخر العدد : هل يجوز أن يخلو بمطلقته ، أو أجنبية ، أم لا ؟

قوله ﴿ ويجُوزُ النَّظرُ إلى الغُلامِ لِغَيْرِ شَهْوةٍ ﴾

النظر إلى الأمرد لغير شهوة على قسمين

أحدهما : أن يأمن ثوران الشهوة

فهذا يجوز له النظر من غير كراهة . على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، وغيرهم . وقاله أبو حكيم ، وغيره . ولكن تركه أولى . صرح به ابن عقيل

قال : وأما تكرار النظر فمكروه

وقال أيضاً ، في كتاب القضاء : تكرار النظر إلى الأمرد محرم ، لأنه لا يتمكن لغير شهوة

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ومن كرر النظر إلى الأمرد أو داومه ، وقال : إنى لا أنظر بشهوة ، فقد كذب فى ذلك

وقال القاضى : نظر الرجل إلى وجه الأمرد مكروه .

وقال ابن البنا : النظر إلى الغلام الأمرد الجميل مكروه نص عليه وكذا قال أبو الحسين .

القسم الثانى أن يخاف من النظر ثوران الشهوة .

فقال الخلوتى . يكره وهل يحرم ؟ على وجهين

وحكى صاحب الترغيب ثلاثة أوجه التحريم ، وهو مفهوم كلام صاحب المحرر . فإنه قال : يحرم لغير شهوة إذا أمن ثورانها

واختاره الشيخ تقى الدين ، فقال : أصح الوجهين لايحرم . كما أن الراجح فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله أن النظر إلى وجه الأجنبية من غير حاجة : لايحرم وإن كانت الشهوة منتفية ، لكن يخاف ثورانها

وقال المصنف فى المغنى : إذا كان الأمرد جميلاً يخاف الفتنة بالنظر إليه : لم يجز تعمد النظر إليه

قال فى الفروع ، ونصه : يحرم النظر خوف الشهوة .

والوجه الثانى . الكراهة ، وهو الذى ذكره القاضى فى الجامع وجزم به الناظم

والوجه الثالث : الإباحة . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وكثير من الأصحاب ومنقول عن الإمام أحمد رحمه الله . كراهة مجالسة الغلام الحسن الوجه

وقال فى رعاية الكبرى : ويحرم النظر إلى الأمرد شهوة ويجوز بدونها مع كره

وقيل وجوزها

وقال في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير: وإن خاف ثورانها فوجهان.

فائدة: قال ابن عقيل: يحرم النظر مع شهوة تخنيث وسحاق، وإلى دابة يشتهيها ولا يعف عنه. وكذا الخلوة بها.

قال في الفروع: وهو ظاهر كلام غيره.

فوائد

منها: قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى أَحَدٍ مِمَّنْ ذَكَرْنَا لِلشَّهْوَةِ ﴾

وهذا بلا نزاع.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ومن استحله كفر إجماعاً.

وكذا لا يجوز النظر إلى أحد ممن تقدم ذكره إذا خاف ثوران الشهوة. نص عليه، واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله وغيره.

ومنها: معنى الشهوة: التلذذ بالنظر.

ومنها: ليس من تقدم ذكره، كالنظر إليه على قول.

وعلى قول آخر: هو أولى بالمنع من النظر، واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله وجزم به في الرعايتين، والحاوي الصغير، وهو الصواب، وأطلقهم في الفروع.

ومنها: صوت الأجنبية ليس بعورة، على الصحيح من المذهب.

قال في الفروع: ليس بعورة على الأصح.

قال ابن خطيب السلامية: قال القاضي الزريراني الحنبلي في حواشيه على المغني: هل صوت الأجنبية عورة؟ فيه روايتان منصوصتان عن الإمام أحمد رحمه الله. ظاهر المذهب: ليس بعورة. انتهى.

وعنه: أنه عورة، اختاره ابن عقيل، فقال: يجب تجنب الأجانب لاستماع من صوت النساء زيادة على ما يدعو الحاجة إليه، لأن صوتها عورة. انتهى.

قال الإمام أحمد رحمه الله، في رواية صالح: يسلم على المرأة الكبيرة، فأما الشابة فلا تنطق.

قال القاضي: إنما قال ذلك من جواب الأقيال بصوتها، وأطلقهما في المذهب.

وعلى كلا الروايتين يحرم التلذذ بسماعه، وهو بقراءة الجزء به في المستوعب والرعاية، والفروع، وغيرهم.

قال القاضي: تمنع من سماع صوتها.

وقال ابن عقيل في الفصول: يكره سماع صوتها بلا حاجة.

قال ابن الجوزي، في كتاب المسائل: سماع صوت المرأة مكروه.

وقال الإمام أحمد رحمه الله، في رواية مهنا: ينبغي للمرأة أن تخفض من صوتها إذا كانت في قراءتها إذا قرأت بالليل.

ومنها: إذا منعنا المرأة من النظر إلى الرجل، فهل تمنع من سماع صوته ويكون حكمه حكم سماع صوتها؟

قال القاضي في الجامع الكبير: قال الإمام أحمد رحمه الله، في رواية مهنا: لا يعجبني أن يؤم الرجل النساء إلا أن يكون في بيته يؤم أهله، أراد أن تسمع المرأة صوت الرجل.

قال ابن خطيب السلامية، في نكته: وهذا صحيح، لأن الصوت يتبع الصورة، ألا ترى أنه لما منع من النظر إلى الأجنبية منع من سماع صوتها.

كذلك المرأة لما منعت من النظر إلى الرجل منعت من سماع صوته.

[قال ابن خطيب السلامية في نكته: لم تزل النساء تسمع أصوات الرجال، والفرق بين النساء والرجال ظاهر][1].

ومنها: تحرم الخلوة بغير محرم للشكل مطلقاً، ولو بحيوان يشتهي المرأة وتشتهيه هي، كالقرد ونحوه.

---

(١) زيادة من نسخة صلب.

ذكره ابن عقيل ، وابن الجوزي ، والشيخ تقي الدين رحمه الله

وقال : الخلوة بأمرد حسن ومصاحفته كامرأة ولو كان لمصلحة تعليم وتأديب ومن يقرّ مُوَلِّيه عند من يعاشره كذلك ملعون ديوث . ومن عرف بمحبتهم أو معاشرة بينهم : منع من تعليمهم

وقال ابن الجوزي : كان السلف يقولون الأمرد أشد فتنة من العذارى

قال ابن عقيل : الأمرد ينفق على الرجال والنساء . فهو شبكة الشيطان في حق النوعين

ومنها : كره الإمام أحمد رحمه الله مصافحة النساء . وشدد أيضا ، حتى لمحرم . وجوزه لوالد

قال في الفروع : ويتوجه ولمحرم

وجوز الإمام أحمد رحمه الله أخذ يد عجوز وفي الرعاية وشوهاء

وسأله ابن منصور . يقبل ذات المحارم منه ؟ قال إذا قدم من سفر ، ولم يخف على نفسه ، لكن لا يفعله على الفم أبداً الجبهة والرأس .

ونقل حرب — فيمن تضع يدها على بطن رجل لا تحل له — قال . لا ينبغي إلا لضرورة .

ونقل المروذي : أتضع يدها على صدره ؟ قال : ضرورة

قوله ﴿ ولِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ النَّظَرُ إِلَى جَمِيعِ بَدَنِ الآخَرِ . وَلَمْسُهُ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ ﴾ .

هذا المذهب مطلقا ، حتى الفرج وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والحاوي الصغير ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم

وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

وقيل يكره لهم نظر الفرج جزم به في الكافي وقدمه في الرعايتين .

وقال الآمدي في «صوره» وليس للزوج النظر إلى فرج امرأته في إحدى الروايتين . نقله ابن حطيب السلامية

وقيل : يكره لها عند الجماع خاصة .

وجزم في المستوعب بأنه يكره النظر إلى فرجها حال الطمث فقط . وجزم به في الرعايتين . وزاد في الكبرى : وحال الوطء

فائدتان

إحداهما : قال القاضي في الجامع : يحرم تقبيل فرج المرأة قبل الجماع ، ويكره بعده . وذكره عن عطاء .

الثانية : ليس لها استدخال ذكر زوجها وهو نائم بلا إذنه ولها مسه وتقبيله بشهوة وحرم به في الرعاية وتبعه في الفروع وصرح به ابن عقيل

وقال : لأن الزوج يملك العقد وحسبها ذكراه في عشرة النساء .

ومر في بعض التعاليق قول : إن لها ذلك . ولم أستحضر الآن في أي كتاب هو .

قوله ﴿ وكذلك السَّيِّدُ مع أَمَتِهِ ﴾

حكم السيد مع أمته المباحة له : حكم الزوج مع زوجته في النظر واللمس ، حلالاً ومذهباً .

تنبيه : في قول المصنف « مع أمته » نظر لأنه يدخل في عمومه أمته المزوجة والمحوسية والوثنية ونحوهن . وليس له النظر إلى واحدة منهن ولا لمسها لما سنذكر في موضعه

وحمل كثير من الأصحاب مكان « أمته » « سريته » .

قال ابن منجا : وفيه نظر أيضاً لأنه يحرم عليه أمته التي ليست سريته ، والحق أن له النظر إلى وجهها وكفيها كذلك قال بعض الأصحاب . منهم : المصنف

فى الكافى ، والناظم ، وصاحب المنور ، وغيرهم ـ « أمته الساحة » وهو أجود مما تقدم انتهى

قلت : وهو مراد المصنف وغيره .

فائدتان

إحداهما : لو زوج أمته جاز له النظر منها إلى غير العورة ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى الفائق وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . والفروع .

وقال فى الترغيب : هو كمحرم . ونقل حنبل . كأمة غيره

الثانية : يكره النظر إلى عورة نفسه . قاله فى الترغيب وغيره .

وقال فى المستوعب ، وغيره : يستحب أن لا يديمه .

وقال الأزجى فى نهايته : يعرض بعضه عنها . لأنه يدل على الدناءة انتهى .

وتقدم فى باب الاستنجاء : هل يكره مس فرجه مطلقاً ، أو فى حال التخلى ؟

قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ التَّصْرِيحُ ﴾ .

وهو ما لا يحتمل غير النكاح

﴿ بِخِطْبَةِ الْمُعْتَدَّةِ ، وَلَا التَّعْرِيضُ ﴾ .

وهو ما يفهم منه النكاح مع احتمال غيره

﴿ بِخِطْبَةِ الرَّجْعِيَّةِ ﴾ بلا نزاع

قوله ﴿ وَيَجُوزُ فِى عِدَّةِ الْوَفَاةِ ﴾ يعنى : التعريض

وهذا مذهب وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم

وقال فى الانتصار ، والمفردات : إن دلت على اقترانهما ـ كمتحابين قبل موت الزوج ـ منعنا من تعريضه فى العدة .

قوله (ويجوزُ في عدةِ البائنِ بطلاقٍ ثلاثٍ) بلا نزاع .

(وهَلْ يجوزُ في عدةِ البائنِ بغيرِ الثلاثِ ؟ على وجهين)

وهما روايتان . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والهادي ، والبلغة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية ، وغيرهم

أحدهما : لا يجوز . جزم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمي وقدمه في المحرر

الثاني : يجوز وهو المذهب جزم به في العمدة

وصححه في التصحيح واختاره ابن عبدوس في تذكرته

تنبيه : محل الخلاف إذا كان المعوض أجنبياً .

فأما من كانت في عصمته : فيباح له التعريض والتصريح بلا نزاع .

قوله (ولا يحلُّ للرَّجُلِ أنْ يخطُبَ على خطْبةِ أخيه إذا أجيب) .

هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب

قال ابن حمدان الحنبلي : قاله أصحابنا

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والشرح والنظم ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، والفائق .

وقيل : يكره . اختاره أبو حفص .

قال ابن حمدان الحنبلي في نكته ، والشريف أبو جعفر قاله في الفائق ، والزركشي .

وعلى المذهب يصح العقد على الصحيح من المذهب نص عليه .

وعنه : لا يصح . اختاره أبو بكر قاله ابن حمدان الحنبلي

وقال الزركشي ، قال أبو بكر : البيع على بيع أخيه باطل . نص عليه .

لحرج ابن عقيل وغيره بطلان النكاح للنهي .

قوله ﴿ ولا يحلُّ للرَّجُلِ أنْ يخطُبَ على خِطْبَةِ أخيهِ إنْ أجيبَ ﴾ .

واعلم أنه إذا أجيب تصريحاً فلا كلام

وإن أجيب تعريضاً ، فظاهر كلام المصنف هنا : أنه لا يحل له أيضاً كالتصريح وهو المذهب وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والخرقي . وصححه الناظم .

واختاره المصنف في المغني ، والشارح . وحرم به في الوجيز .

وعنه : يجوز .

قال القاضي : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله إباحة خطبتها

وأطلقهما في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، والزركشي .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : أن له أن يخطب على خطبة الذمي مطلقاً .

لأنه ليس بأخيه وهو صحيح . نص عليه الإمام أحمد رحمه الله تعالى في رواية علي بن سعيد .

فائدة : قوله ﴿ وإن ردَّ : حلَّ ﴾ بلا نزاع .

وكذا إن تركه الخاطب ، أو أذن له .

وكذا إن سكت عنه عند القاضي في المجرد ، وابن عقيل وقدمه الزركشي

وعن القاضي : سكوت البكر رضى .

قوله ﴿ وإن لم يعلَمْ بالحالِ ، فعلى وجهين ﴾

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية ، والزركشي

إحداهما : يجوز . وهو الصحيح . وهو ظاهر ما نقله الميموني .

وصححه في التصحيح . وجزم به في الوجيز ، والمنور .

والثاني : لا يجوز . وهو ظاهر كلامه في العمدة .

فائدة : قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ولو خطبت المرأة ـ أو وليها ـ لرجل ابتداء . فأجابها : فينبغي أن لا يحل لرجل آخر خطبتها ، إلا أنه أضعف من أن يكون هو الخاطب .

ونظير الأولى : أن تخطبه امرأة ، أو وليها ، بعد أن يخطب هو امرأة . فإن هذا إيذاء للمخطوب في الموضعين . كما أن ذاك إيذاء للخاطب . وهذا بمنزلة البائع على بيع أخيه قبل انعقاد العقد . وذلك كله ينبغي أن يكون حراماً .

فائدة أخرى : لو أذنت لوليها أن يزوجها من رجل بعينه : احتمل أن يحرم على غيره خطبتها ، كما لو خطب فأجابت . ويحتمل أن لا يحرم . لأنه لم يخطبها أحد . قال ذلك القاضي أبو يعلى .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وهذا دليل من القاضي على أن سكوت المرأة عند الخطبة ليس بإجابة بحال .

قوله ﴿ وَالتَّعْوِيلُ فِي الرَّدِّ وَالإِجَابَةِ عَلَيْهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ مُجْبَرَةً ﴾ .

بلا نزاع ﴿ وَإِنْ كَانَتْ مُجْبَرَةً : فَعَلَى الوَلِيِّ ﴾ .

هذا المذهب ، سواء رضيت ، أو كرهت . جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه في الفروع ، والزركشي .

صرح به القاضي ، وابن عقيل .

وقال المصنف ، والشارح : لو أجاب ولي المرأة ، فكرهت المجاب واختارت

غيره : سقط حكم إجابة وليها . وإن كرهته ولم تختر سواه . فينبغي أن يسقط حكم الإجابة . وإن أجابت ثم رجعت : زال حكم الإجابة

قوله ﴿ ويُسْتَحَبُّ عَقْدُ النِّكَاحِ مَسَاءَ يَوْمِ الْجُمُعَةِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ عبد القادر في الغنية : يستحب عقده يوم الجمعة أو الخميس ، والمساء أولى

قوله ﴿ وأَنْ يَخْطُبَ قَبْلَ الْعَقْدِ بِخُطْبَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ ﴾

وهذا المذهب أيضاً . وعليه الأصحاب . والعمل عليه قديماً وحديثاً

وقال الشيخ عبد القادر : إن أخر الخطبة عن العقد جاز . انتهى

قلت : ينبغي أن يقال : مع النسيان بعد العقد .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لا يزيد على خطبة ابن مسعود رضي الله عنه . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وقاله في العمدة . ويقرأ ثلاث آيات ـ وذكرها

وقال في عيون المسائل : يأتي بخطبة ابن مسعود رضي الله عنه بالآيات الثلاث ، وإن الله أمر بالنكاح . ونهى عن السفاح . فقال مخبراً وآمراً (٢٤ : ٣٢ وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم . إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله . والله واسع عليم)

وقال الشيخ عبد القادر : ويستحب أن يزيد هذه الآية أيضاً .

فائدتان

إحداهما : كان الإمام أحمد رحمه الله تعالى إذا حضر العقد ولم يسمع الخطبة انصرف .

والمجزىء منها : أن يتشهد ، ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم

الثانية : قال ابن خطيب السلامية ، في نكته على المحرر : وقع في كلام القاضي في الجامع ما يقتضي أنه يستحب أن يتزوج في شوال .

فائدة : فى خصائصه صلى الله عليه وسلم

كان له صلى الله عليه وسلم أن يتزوج من غير عدد شاء ، فيكون قوله تعالى (٣٣ - ٥٠ يأيها النبى إنا أحللنا لك) ناسخا لقوله (٣٣ : ٥٢ لا يحل لك النساء من بعد) قاله فى الفروع .

وقال فى الرعاية : كان له أن يتزوج من غير عدد شاء ، إلى أن نزل قوله تعالى (٣٣ . ٥٢ لا يحل لك النساء من بعد) فتكون هذه الآية ناسخة للآية الأولى .

وقال القاضى . الآية الأولى تدل على أن من هاجر معه من النساء : لا تحل له .

قال فى الفروع فيتوجه احتمال أنه شرط فى قرابته فى الآية ، لا الأحصنات انتهى

وكان له صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بلا ولى ولا شهود . وفى زمن الإحرام أيضاً قدمه فى الفروع .

قال القاضى فى الجامع الكبير ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية الميمونى : جواز النكاح له بلا ولي ولا شهود ، وفى زمن الإحرام .

وأطلق أبو الحسين ، ووالده ، وغيرهما وجهين .

وقال ابن حامد . لم يكن له النكاح بلا ولي ولا شهود ولا فى زمن الإحرام ، صاحباً .

وكان له صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بلفظ الهبة . جزم به فى الفصول ، والمستوعب ، والرعاية الكبرى . وقدمه فى الفروع .

وقد جزم ابن الحورى بخلافه عن الإمام أحمد رحمه الله . وعنه : الوقف .

وكان له صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بلا مهر جزم به الأصحاب وجزم به ابن الحورى عن العلماء

وكان صلى الله عليه وسلم واجب عليه السواك والأضحية والوتر . على الصحيح

من المذهب . جزم به فى المستوعب ، والرعاية الكبرى ، وحصال ابن البنا ، والمدة للشيخ عبد الله كتيلة . وقدمه فى الفصول .

قال الزركشى : وجوب السواك اختيار القاضى وابن عقيل .

وقيل . ليس بواجب عليه ثلاث اختاره ابن حامد ذكره عنه فى الفصول وأحمدهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى فى السواك فى بابه

وقال فى الفصول : وكان واجبا عليه صلى الله عليه وسلم ركعتا الفجر

وقال فى الرعاية : وكان واجبا عليه الضحى

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله هذا غلط ولم يكن صلى الله عليه وسلم يواظب على الضحى باتفاق العلماء بسنته

وكان صلى الله عليه وسلم واجبا عليه قيام الليل ، ولم ينسخ . على الصحيح من المذهب ذكره أبو بكر وغيره

وقال القاضى : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع

وقيل : نسخ جزم به فى الفصول ، والمستوعب

ومن خصائصه صلى الله عليه وسلم : أنه لو دُعِى عليه كان القول قوله من غير يمين ، وإن ادعى هو حق ، كان القول قوله من غير يمين . قاله أبو البقاء العكبرى . نقله عنه ابن خطيب السلامية فى نكته على المحرر

وأوجب عليه صلى الله عليه وسلم أن يجير نساءه بين فراقه والإقامة معه .

قال فى الفروع ، وظاهر كلامهم : أنه — صلى الله عليه وسلم — فى وجوب التسوية فى القسم كغيره وذكره فى المجرد ، والفنون ، والفصول .

وظاهر كلام ابن الجوزى : أنه غير واجب .

وفى المنتقى احتمالان .

قال أصحابنا — القاضى وغيره — وفرض عليه — صلى الله عليه وسلم — إنكار المنكر إذا رآه على كل حال .

قال فى الرعاية : فرض عليه إنكار المنكر إذا رآه على كل حال ، وغيره فى حال دون حال .

قلت : حكى ذلك قولاً فى الماء فى حصاله ، واقتصر عليه

قال فى المستوعب ، وقيل : فرض عيه إنكار المنكر ، واقتصر عليه

ومُنع ـ صلى الله عليه وسلم ـ من الرمز بالعين ، والإشارة بها . وإذا لبس لأمة الحرب : أن لا ينزعها حتى يلقى العدو

ومنع ـ صلى الله عليه وسلم ـ أيضاً من الشعر والخط وتعلمهما

واختار ابن عقيل : أنه صرف عن الشعر ، كما أعجز عن الكتابة . قال : ويحتمل أن يجمع الصرف والمنع .

ومنع ـ صلى الله عليه وسلم ـ من نكاح الكتابية ، كالأمة مطلقاً على الصحيح من المذهب . وقاله ابن شاقلا ، وابن حامد ، والقاضى ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، وجزم به فى المستوعب ، والرعاية الكبرى ، والفصول .

وسنه : لم يتبع ، واختاره الشريف

وقال فى عيون المسائل : يتبع له ـ صلى الله عليه وسلم ـ ملك اليمين ، مسلمة كانت أو مشركة

وتقدم فى أواخر « باب ذكر أهل الزكاة » حكم الصدقة .

وأبيح له ـ صلى الله عليه وسلم ـ الوصال ، وخمس خمس الغنيمة

قال المصنف : وإن لم يحضر .

وأبيح له ـ صلى الله عليه وسلم ـ الفيء من الغنم ، ودخول مكة محلاً ساعة وحلت تركته ـ صلى الله عليه وسلم ـ صدقة .

قال فى الفروع : وظاهر كلامهم لا يمنع من الإرث

وقال فى عيون المسائل . لا يرث . ولا يَعقِل[1] بالإجماع .

---

(١) العقل هو الدية .

وله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أخذ الماء من المغتسل .

ويلزم كل واحد أن يقيه بنفسه وماله فله طلب ذلك

وحرم على غيره نكاح زوجاته فقط

وحرمن على غيره نكاح من فارقها في حياته

وهن أزواجه في الدنيا والآخرة

وهن أمهات المؤمنين ، يعني في تحريم النكاح .

والمحرم منه ظاهره ذكره في الفروع وغيره وقدمه في الآداب

وفي النهاية لأبي المعالي ، وغيرها : ليس بطاهر[1]

وهو ـ صلى الله عليه وسلم ـ طاهر بعد موته بلا نزاع بين العلماء ، بخلاف غيره فإن فيه خلافاً ، على ما تقدم في باب إزالة النجاسة

ولم يذكر الأصحاب هذه المسألة هنا

---

(١) لقد قال الله تعالى (١٨ : ١١٠ و ٤١ : ٦ قل إنما أنا بشر مثلكم ، يوحى إلي أنما إلهكم إله واحد) واعتبرهم أسوة لنا . فلو كان له من ريق أو من عرق أو من بطنه ، ومن زعم غير ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو لأحد من جميع الرسل ، أو غيرهم فقد أعظم الفرية على الله . ومن قال إنه ليس بطاهر فقد زعم أنه ولد الله وسبحان الله وتعالى عن ذلك علواً كبيراً ولقد كان ـ صلى الله عليه وسلم ـ كإخوانه المرسلين ، يأكل الطعام ويمشي في الأسواق ، ويهضم الطعام والشراب كسائر البشر ، والطعام فضلات لابد من خروجها للصحة والعافية ومسة الله أن لا تفسد في البشرة جميعها . فكان صلى الله عليه وسلم يستحي وكان يغتسل من الجنابة وكانت عائشة تقول « كنت أفرك المني من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم . ثم يصلي فيه » رواه الجماعة إلا البخاري . وفي لفظ متفق عليه « كنت أغسله من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يخرج إلى الصلاة . وأثر الغسل في ثوبه بقع للماء » وللدارقطني « كنت أفرك المني من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كان يابساً ، وأغسله إذا كان رطباً »

وذكر ابن عقيل أنه لم يكن له فيء في شمس ولا قمر لأنه نوراني[1] والظل نوع ظلمة

وكانت تجتذب الأرض أثقاله انتهى

وساوى الأنبياء في معجزاتهم . وانفرد بالقرآن ، والغنائم وجعلت له الأرض مسجداً ، وترابها طهوراً ، والنصر بالرعب مسيرة شهر

وبعث إلى الناس كافة وكل نبي إلى قومه

ومعجزاته — صلى الله عليه وسلم — باقية إلى يوم القيامة وانقطعت معجزات الأنبياء بموتهم

وتنام عينه ولا ينام قلبه . فلا نقض بنومه مضطجعاً

وتقدم ذلك في نواقض الوضوء .

ويرى من خلفه كما يرى من أمامه

قال الإمام أحمد رحمه الله ، وجمهور العلماء : هذه الرؤية رؤية العين حقيقة ولم يكن لغيره أن يقتل إلا بإحدى ثلاث وكان له ذلك صلوات الله وسلامه عليه نص عليه في رواية أبي داود والدفن بالبنيان مختص به . قالت عائشة « لئلا يُتخذ قبره مسجداً »

وقال جماعة : لوجهين .

أحدهما : قوله « وتدفن الأنبياء حيث يموتون » رواه الإمام أحمد رحمه الله .

والثاني : لئلا تمسه أيدي العصاة والمنافقين .

وقال أبو المعالي . وزيارة قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم مستحبة للرجال والنساء . قال في الفروع : وهو ظاهر كلام غيره .

---

(١) هذا من الغلو الذي نهى الله ورسوله عنه . فضلا عن المعروف في السنة الصحيحة غير ذلك .

قلت . فيعاني بها[1]

وقال ابن الجوزي - على قول أكثر المفسرين في قوله - (٧٤ : ٦ ولا تمنن تستكثر) لا تُهْدِ لتُعطَى أكثر : هذا الأدب للنبي صلى الله عليه وسلم خاصة ، وأنه لا إثم على أمته في ذلك

قال الإمام أحمد رحمه الله : خص النبي صلى الله عليه وسلم بواجبات ، ومحظورات ، ومباحات ، وكرامات

وذكر جماعة من الأصحاب : أنه خص بصلاة ركعتين بعد العصر واختاره ابن عقيل .

قال ابن بطة : كان خاصاً به وكذا أجاب القاضي

قال في الفروع : ويتوجه أن صلاته قاعداً بلا عذر كصلاته قائماً خاص به .

قال وظاهر كلامهم . أنه لو كان لنبي مال ، أنه تلزمه الزكاة

وقيل للقاضي . الزكاة طُهرة ، والصبي مطهر ؟ قال : باطل بزكاة الفطر ، ثم بالأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم بأنهم مطهرون . ولو كان لهم مال لزمتهم الزكاة

---

(١) بل هي مخالفة لصريح السنة فإنه صلى الله عليه وسلم لم يستثن قبره عند مالعن زوارات القبور . والرجال إنما تشد للمسجد ، والصلاة فيه . لا لزيارة القبر . وصح عن الإمام مالك رضي الله عنه « أكره أن أقول . زرت قبر النبي صلى الله عليه وسلم » وإنما كره مالك هذا لأن في هذا القول إشعاراً بأنه مثل عامة الناس من المقبورين . وإذا نزل صلى الله عليه وسلم في قلوب الناس إلى ، هذا لم يسعدوا بهداه وطاعته على الوجه الذي أحبه لهم ربهم ولأجله قال (٢٤ : ٦٣ لا تجعلوا دعاء الرسول بينكم كدعاء بعضكم بعضا) وقال (٤٩ : ٢ لا ترفعوا أصواتكم فوق صوت النبي ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لا تشعرون) وهذه المعاني واضحة لمالك رضي الله عنه ولكل من أراد به خيرا وفقهه في الدين جعلنا الله منهم .

باب أركان النكاح وشروطه

قوله ﴿ ولاَ يَنْعَقِدُ الإِيجَابُ إِلاَّ بِلَفْظِ «النِّكَاحِ» وَ«التَّزْوِيجِ» ﴾.

﴿ وَالْقَبُولُ، أَنْ يَقُولَ: قَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ ﴾ أو هذا التزويج.

ومن ألفاظ صيغ القبول «تزوجتها».

قال في الفروع «أو رضيت هذا النكاح».

اعلم أن الصحيح من المذهب: أن النكاح لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول بهذه الألفاظ، لا غير. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم، منهم: صاحب الرعايتين، والحاوي الصغير، والوجيز، وغيرهم. وقدمه في الفروع وغيره.

وقيل: يصح، وينعقد بالكناية أيضاً.

وخرجه ابن عقيل في عمد الأدلة من جعله عتق الأمة صداقها.

وخرجه بعضهم من قول الخاطب والولي «نعم» فإنه لم يقع من المتخاطبين لفظ صريح.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ينعقد بما عده الناس نكاحاً، بأي لغة ولفظ وفعل كان. قال: ومثله كل عقد.

وقال: الشرط بين الناس ما عدوه شرطاً. فالأسماء: تعرف حدودها تارة بالشرع، وتارة باللغة، وتارة بالعرف. وكذلك العقود. انتهى. نقله صاحب الفروع.

وقال ابن خطيب السلامية، في نكته على المحرر: قال الشيخ تقي الدين رحمه الله — ومن خطه نقلت — الذي عليه أكثر العلماء. أن النكاح ينعقد بغير لفظ «الإنكاح» و«التزويج». قال: وهو منصوص عن الإمام أحمد رحمه الله، وقياس مذهبه. وعليه قدماء أصحابه. فإن الإمام أحمد رحمه الله نص في غير موضع على أنه ينعقد بقوله «جعلت عتقك صداقك» وليس في هذا اللفظ

« إنكاح » و « لا تزويج » ولم ينقل عن الإمام أحمد رحمه الله أنه خصه بهذين اللفظين . وأول من قال من أصحاب الإمام أحمد رحمه الله ـ فيما علمت ـ أنه يختص بلفظ « الإنكاح » و « التزويج » ابن حامد . وتبعه على ذلك القاضي ومن جاء بعده ، بسبب انتشار كتبه ، وكثرة أصحابه وأتباعه . انتهى

وقال في الفائق ، وقال شيخنا : قياس المذهب صحته بما عرفاه نكاحاً ، من هبة وتمليك ونحوهما ، أخذاً من قول الإمام أحمد رحمه الله « أعتقتك وجعلت عتقك صداقك » .

قال في الفائق : وهو المختار .

ثم قال : قلت ليس في كلام الإمام أحمد تخصيص ما ذكره الأصحاب إلا قوله « إذا وهبت نفسها فليس بنكاح » .

ثم قال : والأظهر أن في صحته بلفظ « الهبة » ونحوها روايتين ، أخذاً من قول ابن عقيل ـ في الفصول في الخصائص ، من كتاب النكاح ـ واختلفت الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله : هل النكاح بلفظ الهبة من خصائصه ـ صلى الله عليه وسلم ـ أم لا ؟ . انتهى كلام صاحب الفائق

وسئل الشيخ تقي الدين رحمه الله عن رجل لم يقدر أن يقول إلا « قبلت تجويزها » بتقديم الجيم ؟ فأجاب بالصحة بدليل قوله « جوزني طالق » فإنها تطلق . انتهى

قلت : يكتفى منه بقوله « قبلت » على ما يأتي . ويكون هذا قول الأصحاب . وهو المذهب

فائدة : قال الولي للزوج « زوجتك فلانة » بفتح التاء : هل ينعقد النكاح ؟

وقف فيها ناصح الإسلام ابن أبي الفهم

وبعض الأصحاب ، فرق بين العارف باللغة والجاهل ، كقوله « أنت طالق

إن دخلت الدار » بفتح الهمزة وكسرها . منهم الشيخ محيي الدين يوسف بن الجوزي . وأفتى المصنف بصحته مطلقاً

وقال في الرعاية : يصح جهلاً أو عجزاً . وإلا احتمل وجهين .

وقال في الفروع ، في أوائل « باب صريح الطلاق وكنايته » يتوجه أن هذه المسألة كمثل ما لو قال لامرأته « كلما قلت لي شيئاً ولم أقل لك مثله فأنت طالق ثلاثاً » على ما يأتي في أوائل باب صريح الطلاق وكنايته

ويأتي هناك لو قال لها « أنت طالق » بفتح التاء

وهذه حادثة وقعت حين زمن ابن الصيرفي ، فسأل عنها العلماء ، ذكرها في النوادر

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره أن النكاح ينعقد إذا وجد الإيجاب والقبول ، سواء وقع من هازل أو مُلجأ أو غيرهما وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب

فائدة . لا يصح تعليق النكاح على شرط مستقبل قاله الأصحاب ، على ما يأتي في كلام المصنف في باب الشروط في النكاح ، فيما إذا علق ابتداء النكاح على شرط .

قال ابن رجب : إنما قال الأصحاب ذلك ليخرجوا الشروط الحاضرة والماضية مثل قوله « زوجتك هذا المولود إن كان أنثى » أو « زوجتك ابنتي إن كانت عدتها قد انقضت » أو « إن كنتُ وليها » وهما يعلمان ذلك فإنه يصح وكذلك تعليقه بمشيئة الله تعالى فإنه يصح

قال ابن شاقلا : لا نعلم فيه خلافاً لأنه شرط موجود إذ الله شاءه ، حيث استجمعت أركانه وشروطه

وكذلك لو قال « زوجتك ابنتي إن شئت » فقال « قد شئت وقبلت »

فإنه يصح . لأنه شرط موجب العقد ومقتضاه . لأن الإيجاب إذا صدر كان القبول إلى مشيئة القابل مقارنة للقبول . ولا يتم العقد بدونه انتهى .

قوله ﴿ بِالْعَرَبِيَّةِ لِمَنْ يُحْسِنُهَا ﴾ .

الصحيح من المذهب أنه لا ينعقد إلا بالعربية لمن يحسنها وجزم به فى الوجيز ، والفائق ، والمنور ، ومنتخب الأدمى وقدمه فى المحرر ، والفروع .

واختار المصنف اعتماده تبعا

واختاره الشارح أيضا ، وقال : هو أقيس

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق ، وغيرهم

وجزم به فى التبصرة

قوله ﴿ فَإِنْ قدر على تعلمها بالعربية : لَمْ يَلْزَمْهُ فى أحد الوجهين ﴾

يعنى إذا قلنا لا ينعقد النكاح إلا بالعربية لمن يحسنها ، وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم .

أحدهما : لا يلزمه تعلمها . وينعقد بلسانه تعبدا الخاص لها وهو المذهب

اختاره القاضى ، وابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى التصحيح

وجزم به فى الفصول والوجيز والمنور ، وغيرهم .

ونصره المصنف ، والشارح وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يلزمه .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : وإن قدر أن يتعلم ذلك بالعربية : لزمه فى أصح الوجهين

وقدمه فى الهداية والمستوعب

قوله ﴿ فإن اقتصر على قوله « قبلت » أو قال الخاطب للولى

« أَزَوَّجْتَ ؟ » قَالَ « نَعَمْ » وَلِلْمُتَزَوِّجِ « أَقْبَلْتَ ؟ » قَالَ « نَعَمْ » صَحَّ. ذَكَرَهُ الخِرَقِيُّ ﴾

نص عليه وهو المذهب

قال الزركشي : هذا منصوص الإمام أحمد رحمه الله قطع به الجمهور ونصره الأصحاب وجزم به في الوجيز ، وغيره وصححه في النظم ، وغيره .

وقدمه في المغني ، والشرح ، والبحر ، والرسالتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق .

ويحتمل أن لا يصح فيهما .

قال ابن عقيل : وهو الأشبه بالمذهب لعدم لفظ « الإنكاح » و« التزويج » .

واختار الصحة في اقتصاره على قول « قبلت » دون اقتصاره على قوله « نعم » في الإيجاب أو القبول .

فائدتان

إحداهما لو أوجب النكاح ، ثم جُنَّ قبل القبول بطل العقد كموته . نص عليه

ولو أوجبه ، ثم أغمي عليه قبل القبول فهل يبطل العقد ؟ فيه وجهان وأطلقهما في الفروع

أحدهما : يبطل . وهو الصحيح . جزم به في المغني ، والكافي ، والشرح ، والرعاية ، والفائق ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثاني : لا يبطل . قال القاضي في الجامع : هذا قياس المذهب .

قلت : وتتوجه الصحة إذا قال في المجلس

الثانية . ينعقد نكاح الأخرس بإشارة مفهومة نص عليه وكذا بكتابة ذكره الأصحاب

وكلام المصنف وغيره — ممن لم يذكر المسألة وأطلق في قولهم : لا ينعقد الإيجاب إلا بلفظ « الإنكاح » — مرادهم : القادر على النطق . فأما مع العجز المطلق : فيصح ، وأما الكتابة في حق القادر على النطق . فلا ينعقد بها النكاح مطلقاً . على الصحيح من المذهب .

وقيل : ينعقد . ذكرهما في المحرر وغيره . وأطلقهما في الرعايتين ، والحاوي الصغير .

وقال في الرعاية الكبرى : الأظهر المنع مع حضوره ، والصحة مع غيبته .

قوله ﴿ وإنْ تَقدَّمَ القَبُولُ الإيجَابَ : لمْ يَصِحَّ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وجزم به في الوجيز ، والبلغة ، والمنور ، والمحرر ، وقال : رواية واحدة

وقدمه في الفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب

وذكر ابن عقيل ، وجماعة : رواية بالصحة — منهم صاحب الفائق — إذا تقدم بلفظ الماضي ، أو الأمر . قال الناظم .

وإن يتقدم لم تصححه بتة ولو صححوا تقديمه لم أبعد

وقال في الرعاية — من عنده — لو قال « زوجني » فقال « زوجتك » أو قال له الولي « تزوجت » فقال « تزوجتُ » صح .

وقال المصنف : ويحتمل أن يصح إذا تقدم بلفظ الطلب

تنبيه : قوله ﴿ وإنْ تَرَاخَى عنْهُ : صَحَّ ، مَادَامَا فِي المَجْلِسِ ، ولمْ يَتَشَاغَلا بِمَا يَقْطَعُهُ ﴾ يعني : في العرف

قوله ﴿ فَإنْ تفرّقَا قَبْلَهُ بطلَ الإيجَابُ ﴾

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : لا يبطل . وعنه : لا يبطل مع غيبة الزوج .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : أخذت هذه الرواية من قوله — في رواية أبي طالب — في رجل مشى إليه قوم ، فقالوا « زوج فلاناً » فقال « قد زوجته على ألف » فرجعوا إلى الزوج ، فأخبروه فقال « قد قبلت » هل يكون هذا نكاحاً ؟ قال : نعم . فأشكل هذا النص على الأصحاب .

فقال القاضي : هذا حكم بصحته بعد التفرق عن مجلس العقد

قال : وهو محمول على أنه قد كان وكّل من قبل العقد عنه ، ثم أخبر بذلك فأمضاه .

ورده ابن عقيل ، وقال : رواية أبي طالب تعطي أن النكاح الموقوف صحيح .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : قد أحسن ابن عقيل . وهو طريقة أبي بكر . فإن هذا ليس تراخياً للقبول . وإنما هو تراخ للإجازة

تنبيه ظاهر قوله ﴿ وشُرُوطُهُ خَمْسَةٌ أحدُها : تَعْيِينُ الزَّوْجَيْنِ ﴾

لو خطب امرأة فأوجب له النكاح في غيرها ، فقبل بطنها مخطوبته : أنه لا يصح . وهو صحيح نص عليه

فائدة قوله ﴿ فإذا قال : زوَّجْتُكَ بِنْتِي ، ولهُ بَناتٌ ، لم يَصِحَّ حتَّى يُشِيرَ إليها ، أوْ يُسَمِّيَها ، أوْ يَصِفَها بما تتميَّزُ بهِ . وإنْ لمْ يَكُنْ لهُ إلاَّ ابْنَةٌ واحِدَةٌ صَحَّ ﴾

بلا نزاع في ذلك في الجملة . لكن لو عين في الباطن واحدة ، وعقد عليها العقد باسم غير متميز ، نحو أن يقول « بنتي » وله بنات ، أو يسميها باسم وينويها في الباطن غير مسماة . ففي الصحة وجهان . اختار القاضي في موضع : الصحة .

واختار أبو الخطاب ، والقاضي أيضاً — في موضع آخر — البطلان .

ومأخذه . أن النكاح يشترط له الشهادة . ويتعذر الإشهاد على النية .

وعن أبي حفص العكبري : إن كانت المسماة غلطاً : لم تحل نكاحها لكونها مزوجة ، أو غير ذلك : صح النكاح ، وإلا فلا .

ذكر ذلك في القاعدة الخامسة بعد المائة

قوله ﴿ الثَّانِي : رِضَا الزَّوْجَيْنِ فَإِنْ لَمْ يَرْضَيَا - أَوْ أَحَدُهُمَا - لَمْ يَصِحَّ إِلَّا الأَبُ ، لَهُ تَزْوِيجُ أَوْلَادِهِ الصِّغَارِ وَالْمَجَانِينِ ، وَبَنَاتِهِ الأَبْكَارِ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ﴾ .

اعلم أن في تزويج الأب أولاده الصغار عشر مسائل .

إحداها : أولاده الذكور العقلاء الذين هم دون البلوغ ، والكبار المجانين فله تزويجهم ، سواء أذنوا أو لا ، وسواء رضوا أم لا ، بمهر المثل أو بزيادة عليه . على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه في كل واحد منهما وجزم به في الوجيز ، وغيره وقدمه في الفروع ، وغيره

وذكر القاضي في إجبار مراهق عاقل نظر .

قلت : الصواب عدم إجباره

وقيل : له تزويج الصغير إن احتاج إليه . قاله القاضي في المجرد

وحمله ابن عقيل على المراهق والأكثر على الحاجة مطلقاً ، على ما يأتي قريباً .

وقال في الانتصار : يحتمل في ابن تسع يزوج بإذنه ، سواء كان أبوه أو ولي غيره

وقال صاحب الفروع : يتوجه أنه كأنثى أو كعبد

وقال أبو يعلى الصغير : يحتمل أنه كثيب وإن سلمناه فلا مصلحة له ، وإذنه ضيق ، لا يكفي صمته .

وقيل : لا تزوج لهما أكثر من مهر المثل . اختاره القاضي .

ويأتي ذلك في كلام المصنف في كتاب الصداق

وقيل : لا يجبر المجنون البالغ بحال اختاره أبو بكر

وقيل : يجبره مع الشهوة ، وإلا فلا . اختاره القاضي .

وقيل : لا يزوجه إلا الحاكم . ذكره في الرعاية .

قلت : تقديم الحاكم على الأب قول ساقط .

ويأتي هل لولي الصغير الاختيار ؟ عند قوله « ووصيه في النكاح كمزلته » .

فوائد

منها : ماقاله القاضي في الجامع الكبير : بين تزويج الطفل والمعتوه نفس يختار إنما الإجبار في حق من له إذن واختيار انتهى .

ومنها : لو كان مُحَنَّث في الأصل لم يجز تزويجه إلا بإذنه .

ومنها : ليس للأب الصغير تزويجه لأب حيز إذا بلغ . على الصحيح من المذهب . جزم به في الرعاية وغيرها وقدمه في الفروع وغيره .

قال الزركشي : هو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله والأصحاب .

وظاهر كلام ابن المجوزي : أن له الخيار

ومنها : للأب قبول النكاح للمجنون والصغير . وله أن يعوضه إلى الصغير .

قال في الفروع : إن صح بيعه وطلاقه

وقال في الرعاية : وصح قبول الصغير بدون وليه نص عليه

قال في المغني ، والشرح : فإن كان العاقد ابن عشر - وهو مميز - فقياس المذهب : جواز تفويض القبول إليه .

ومنها : حيث قلنا : يزوج الصغير ، والمجنون ، فيكون بواحدة وفي أربع وجهان وأطلقهما في الفروع

وظاهر المغني ، والشرح : الإطلاق

قال القاضي في المجرد : قياس المذهب : أنه لا يزوجه أكثر من واحدة

قلت : وهو الصواب . وجزم به في المذهب .

وقال القاضي في الجامع الكبير : له تزويج ابنه الصغير بأربع .

قال ابن نصر الله في حواشيه : وهو أظهر .

وجزم به ابن رزين في شرحه . وقال : إذا رأى فيه مصلحة .

وهو مراد من أطلق . وبقي حكم سائر الأولياء في تزويجهم لهما .

المسألة الثانية : أولاده الذكور الصغيرون البالغين : ليس له تزويجهم .

يعني بغير إذنهم بلا نزاع ، إلا أن يكون سفيها . في إجباره وجهان .

وأطلقهما في الرعايتين والفروع ، والسمة . والحاوي الصغير في هذا الباب .

قلت : الأولى الإجبار ، إن كان أصلح له .

وتقدم ذلك أيضاً في « باب الحجر » وتم من هذا فليراجع .

المسألة الثالثة : ابنته البكر التي هي دون تسع سنين ، فله تزويجها بغير إذنها ورضاها بلا نزاع . وحكاه ابن المنذر إجماعا .

المسألة الرابعة : البكر التي هي تسع سنين فأزيد ، إلى ما قبل البلوغ : له تزويجها بغير إذنها على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به الخرقي . والمصنف في العمدة ، صاحب الوجيز ، وغيرهم .

وقدمه في المغني ، والشرح ، وقالا : هذا المشهور

وقدمه أيضا في النظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين إلا بإذنها .

قال الشريف أبو جعفر : هو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال الزركشي : وهي أظهر

وأطلقهما في الهداية والمذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والمحرر ، والقواعد الأصولية . وغيرهم .

واختار أبو بكر ، والشيخ تقي الدين رحمهما الله - عدم إجبار ست تسع سنين بكراً كانت أو ثيباً

قال في رواية عبد الله : إذا بلغت الجارية تسع سنين فلا يزوجها أبوها ولا غيره إلا بإذنها .

قال بعض المتأخرين من الأصحاب : وهو الأقوى .

المسألة الخامسة : البكر البالغة ، له إجبارها أيضاً على الصحيح من المذهب مطلقاً . وهو ظاهر ما قدمه المصنف هنا ، حيث قال « وبناته الأبكار » .

وعليه جماهير الأصحاب . منهم الخرقي ، والقاضي ، وابنه أبو الحسين ، وأبو الخطاب في خلافه والشريف ، وابن البنا ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم

وصححه في المذهب ، والخلاصة . وجزم به في العمدة ، والوجيز

قال في الإنصاف : هذا أظهر الروايتين .

وقدمه في المذهب ، والمستوعب ، والمغني ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، والفروع .

وقال : وتجبر عند الأكثر بكر بالغة .

وعنه : لا يجبرها ، اختاره أبو بكر والشيخ تقي الدين رحمه الله .

قال في الفائق : وهو الأصح .

قال الزركشي : هي أظهر .

وقدمه ابن رزين في شرحه . وأطلقهما في المحرر ، والشرح .

فعلى المذهب : يستحب إذنها وكذا إذن أمها . قاله في النظم ، وغيره .

السادسة : البكر المجنونة : له إجبارها مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب

وقيل : له إجبارها إن كان يملك إجبارها وهي عاقلة ، وإلا فلا وهو ظاهر الخلاف لأبي بكر

فائدة لو كان وليها الحاكم فله تزويجها في وجه إذا اشتهته .

قاله في الرعاية . وقال : وإن كان وليها غير الحاكم والأب . زوجها الحاكم .

وقيل : بل يزوجها وليها .

قلت : وهو الصواب .

وقد قال المصنف رحمه الله هنا « سائر الأولياء تزويج المجنونة إذا ظهر منها الميل إلى الرجال » .

السادسة : الثيب المجنونة الكبيرة ، له إجبارها . على الصحيح من المذهب .

قال في الفروع : له إجبارها في الأصح .

وهو ظاهر كلام الخرقي واختاره القاضي وغيره

وجزم به في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير

وقدمه في الرعاية الكبرى ، والمغني . والشرح . وصححاه

وقال : لا تجبر أمة اختاره أبو بكر

الثامنة : الثيب العاقلة التي لها دون تسع سنين ، له إجبارها على الصحيح من المذهب وقطع به كثير من الأصحاب منهم صاحب الانتصار ، والمحرر ، والرعاية . وقدمه في الفروع .

وقيل : ليس له إجبارها

قلت : على هذا . لا تزوج أمة حتى تبلغ تسع سنين . فيثبت لها إذن معتبرة .

التاسعة : الثيب العاقلة التي لها تسع سنين فأكثر ، ولم تبلغ فأطلق المصنف في جواز إجبارها وجهين . وهما كذلك عند الأكثرين .

وعند أبي الخطاب في الانتصار ، والمجد ، ومن تابعهما : روايتان

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والقواعد الأصولية

أحدهما . ليس له إجبارها وهو المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب .

منهم : ابن بطة ، وصاحبه أبو جعفر ابن المسلم ، وابن حامد ، والقاضي ، والشريف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والشيرازي ، والمصنف ، وغيرهم .

وهو ظاهر كلام الخرقي .

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : له إجبارها اختاره أبو بكر .

وقدمه في النظم ، والرعاية الصغرى ، والفائق .

العاشرة : الثيب البالغة العاقلة ، ليس له إجبارها بلا نزاع .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف — بل هو كالصريح ، في قوله (فإن لم ترضيا أو أحدهما : لم تصح ، إلا الأب فله تزويج أولاده الصغار ، والمجانين ، وسائر الأبكار بغير إذنهم) — أن الجد ليس له الإجبار . وهو صحيح . وهو المذهب وعليه الأصحاب

وذكر في الواضح رواية : أن الجد يجبر كالأب .

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله . وقدمه ابن رزين في شرحه .

فائدتان

إحداهما : للصغيرة ، بعد تسع سنين إذن صحيحة معتبرة حيث قلنا . لا تجبر ، أو تجبر لأجل استحباب إذنها على الصحيح من المذهب . نص عليه

وعنه عبد الله ، وابن منصور ، وأبو طالب ، وأبو الحارث ، وابن هانيء ، والميموني ، والأثرم وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به القاضي في تعليقه ، وجامعه ، ومجرده ، وابن عقيل في فصوله ، وتذكرته ، وأبو الخطاب في خلافه ، والشريف أبو جعفر ، وابن البنا وبعضهم الشيرازي للخلاف .

وهو ظاهر كلام أبي بكر . وجزم به ناظم المفردات .

وقال في القواعد الأصولية : وهو الذي ذكره أبو بكر ، وابن حامد ، وابن أبي موسى ، والقاضي . ولم يذكروا فيه خلافا .

وكذا أكثر أصحاب القاضي انتهى

واختاره ابن شهاب في عيون المسائل ، وابن بكروس ، وابن الجوزي ، في التحقيق

نقله في تصحيح المحرر عن جده . وقدمه في الفروع ، وقال : نقله ، واختاره الأكثر .

قال الزركشي : هي أنصهما ، وأشهرهما عن الإمام أحمد .

قال في التسهيل : وإذنُ بنت تسع سنين معتبر في الأظهر .

واختاره ابن عبدوس في تذكرته وهو من مفردات المذهب .

وذكر أبو الخطاب ، وغيره رواية : لا إذن لها . وصححه في النظم

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لا أعلم أحداً ذكرها قبله ، مع أنه لم يذكرها في رءوس المسائل

وأطلقهما في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق .

الثانية حيث قلنا : بإجبار المرأة وهي إذن ، أُخِذ بتعيينها كفؤاً ، على الصحيح من المذهب

قال الشيخ تقي الدين : هذا ظاهر المذهب

قلت : وهو الصواب الذي لا يعدل عنه .

نقل أبو طالب : إن أرادت الجارية رجلا ، وأراد الولي غيره : اتُّبع هواها

وجزم به في المغني ، والبلغة ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، والزركشي ، وغيرهم

وقدمه في الفائق ، زاد في الرعاية الكبرى : إن كانت رشيدة غير مجبرة .

وقيل : يؤخذ بتعيين الولى . وأطلقهما فى الفروع

وتقدم ميشاه ذلك فى أواخر الباب الذى قبله ، عند قوله « والتعويل فى الرد والإجابة عليها إن لم تكن مجبرة » .

قوله (والسَّيِّدُ لَهُ تَزْوِيجُ إمائِهِ الأَبْكَارِ وَالثُّيِّبِ) .

وهذا بلا نزاع بين الأصحاب

وروى عن الإمام أحمد رحمه الله . مايدل على أنه لاتجبر الأمة الكبيرة .

قال الشيخ تقى الدين : ظاهر هذا : أنه لاتجبر الأمة الكبيرة ، بناء على أن منفعة البضع ليس بمال .

لكن مراد المصنف وغيره - ممن أطلق هذا - غير مكاتبة فإنه ليس له إجبارها على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وفى المختصر من روايتين وجه : له إجبارها .

فائدتان

إحداهما : لو كان بعض الأمة حراً ، وبعضها رقيقاً : لم يملك مالك الرق إجبارها على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب .

وذكر القاضى فى موضع من كلامه : أن للسيد إجبارها . وتبعه ابن عقيل ، والحلوانى ، وابنه

وهو ضعيف جداً قال بعضهم وهو وهم .

الثانية : لو كان بعضها مبعضاً : اعتبر إذنها وإذن مالك البقية ، كما لو كانت لاثنين ويقول كل واحد منهما « زوجتكها » ولا يقول « زوجتك بعضها » قاله ابن عقيل فى الفصول ، وابن الجوزى فى المذهب ، والفخر فى الترغيب . واقتصر عليه فى الفروع . لأن النكاح لايقبل التبعيض والتجزىء ، بخلاف البيع والإجارة .

قوله ﴿ وَعَبِيدُهُ الصِّغَارُ ﴾ يعني : له تزويجهم ﴿ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب

ويحتمل أن لا يملك إجبارهم . وهو لأبي الخطاب .

وحكاه في عيون المسائل رواية . وهو في الانتصار وجه .

والحكم في العبد المجنون الكبير كذلك

قوله ﴿ وَلَا يَمْلِكُ إِجْبَارَ عَبْدِهِ الْكَبِيرِ ﴾

يعني العاقل هذا هو الصحيح من المذهب نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره وقدمه في الفروع ، وغيره

وقيل : يملكه

قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ لِسَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ تَزْوِيجُ كَبِيرَةٍ إِلَّا بِإِذْنِهَا إِلَّا الْمَجْنُونَةَ لَهُمْ تَزْوِيجُهَا إِذَا ظَهَرَ مِنْهَا الْمَيْلُ إِلَى الرِّجَالِ ﴾ .

وهذا المذهب جزم به في المحرر ، والنظم واختاره أبو الخطاب ، وغيره .

وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم

وقيل : ليس لهم ذلك مطلقاً . وهو ظاهر كلام الخرقي .

وقال القاضي . لا يزوجها إلا الحاكم . قاله المصنف ، والشارح .

وقال في الفروع : وذكر القاضي ، وغيره وجهاً : يجبرها الحاكم .

وأطلقهن الزركشي . وأطلق الأول والأخير في الرعاية

فوائد

إحداها : لو لم يكن لها ولي إلا الحاكم زوجها . على الصحيح من المذهب .

واختاره ابن حامد ، وأبو الخطاب

قال في الفروع : تجبر الحاكم في الأصح

وقيل ليس له ذلك وأطلقهما في المغني ، والشرح

وقال في المغني، وتبعه في الشرح: وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها، إن قال أهل الطب: إن علتها تزول بتزويجها، لأن ذلك من أعظم مصالحها.

الثانية: تعرف شهوتها من كلامها، ومن قرائن أحوالها، كتتبعها الرجال وميلها إليهم، وأشباه ذلك.

الثالثة: إن احتاج الصغير العاقل، والمجنون المطلق، البالغ إلى النكاح، زوجهما الحاكم بعد الأب والوصي، على الصحيح من المذهب.

قدمه في الفروع فيهما، وجزم به في الرعاية في المجنون.

وظاهر الإنصاف: لا يزوجهما أيضاً، وإن لم يحتاجا إليه، فليس له تزويجهما على الصحيح من الوجهين.

قدمه في المغني، والكافي، والشرح، وشرح ابن رزين.

قال في الرعاية عن المجنون: وهو الأظهر.

وقيل: يزوجهما الحاكم.

وقال القاضي في المجرد: تزويج الصغير العاقل لأنه يلي ماله.

وأطلقهما في الفروع فيهما، وأطلقهما في الرعاية في المجنون.

تنبيهان

أحدهما: ألحق في الترغيب والرعاية جميع الأولياء — غير الأب والوصي — بالحاكم في جواز تزويجهما عند الحاجة، والخلاف مع عدمها.

والصحيح من المذهب: أن هذه الأحكام مخصوصة بالحاكم. قدمه في الفروع وجزم به في المغني والشرح، إلا أنهما قالا: ينبغي أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب: إن في ذلك ذهاب علته، لأنه من أعظم مصالحه.

الثاني: ألم ذهب مطلق الحاجة، سواء كانت الحاجة للنكاح أو غيره.

وكذلك أطلق الحاجة كثير من الأصحاب، وصرح به في المغني وغيره.

قال في الفروع : وهو أظهر.

وقال ابن عقيل في الفصول ، وغيره : الحاجة هنا هي الحاجة إلى النكاح لا غير .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُمْ تَزْوِيجُ صَغِيرَةٍ بِحَالٍ ﴾ .

هذا إحدى الروايات جزم به في العمدة وصححه في المذهب . ومسبوك الذهب . والنظم

قال ابن منجا في شرحه هذا المذهب

قال الزركشي : ولا عبرة بما قاله ابن منجا في شرحه

وقدمه في الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

وعنه : لهم ذلك . ولها الخيار إذا بلغت ، ولو كان قبل تسع سنين

فعليها تقييد الحل والإرث وبقية أحكام النكاح على الصحيح جزم به في المحرر ، وغيره وقدمه في الفروع

وقال في الفصول : لا يفيد الإرث

وقال الزركشي : ظاهر كلام ابن أبي موسى : لا يفيدهما لأنه جعله موقوفاً .

ومال إليه الزركشي

وعنه رواية ثالثة لهم تزويج ابنة تسع سنين بإذنها

علم أن هذه الرواية مفرعة على ما تقدم من كون ابنة تسع . هل لها إذن معتبرة أم لا ؟

وتقدم : أن الصحيح من المذهب ، المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، الذي عليه أكثر الأصحاب : أن لها إذن معتبرة فتكون هذه الرواية هي المذهب . وهو كذلك .

قال الزركشي : هذا المذهب .

وجزم به في الوجيز ، وناظم المفردات

قال في تجريد العناية . ولغيرهما تزويج بنت تسع سنين على الأصح

واختاره ابن عبدوس في تذكرته

وقدمه في الفروع ، وشرح ابن رزين .

قال الزركشي — في شرح المحرر ، والوجيز — : هذا هو المذهب

وجزم به القاضي أبو الحسين في فروعه .

وأطلقهن في الكافي ، والمحرر ، والبلغة

وقد بنى — في المحرر ، والنظم ، والفروع ، والزركشي وغيرهم — هذا الخلاف هنا على الخلاف في ابنة تسع : هل لها إذن معتبرة أم لا ؟ كما تقدم

وظاهر كلامه في الرعايتين ، والحاوي الصغير عدم البناء ، حيث أطلقوا الخلاف هناك . وقدموا هنا عدم تزويجهم مطلقاً .

تنبيه . قال في الفروع : وعنه لهم تزويجها . كالحاكم

فظاهر هذا أن للحاكم تزويج الصغيرة ، وإن منعنا غيره من الأولياء بلا خلاف

ولا أعلم له على ذلك موافقاً . بل صرح في المستوعب ، والرعاية وغيرهما بغير ذلك . ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله

ومع ذلك له وجه لأنه أعلم بمصالح من غيره من الأولياء . لكن يحتاج إلى موافق . ولعله « كالأب » فسبق القلم .

وكذا قال شيخنا نصر الله في حواشيهما .

وذكر شيخنا أنه ظاهر كلام القاضي في المجرد .

تنبيه آخر . المراد بقوله في الرواية الثانية « ولها الخيار إذا بلغت » البلوغ المعتاد على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلامه

وقيل . إنه بلوغ تسع سنين . قطع به ابن أبي موسى ، والشيرازي .

قوله ﴿ وَإِذْنُ الثَّيِّبِ : الكَلَامُ ﴾ بلا نزاع في الجملة

﴿ وَإِذْنُ البِكْرِ الصِّمَاتُ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . ولكن نطقها أبلغ

وقيل : يعتبر النطق في غير الأب

واختاره القاضي في التعليق في مسألة إخبار البالغة . وأطلقهما في الرعاية الكبرى

فائدتان

إحداهما : قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يعتبر في الاستئذان تسمية الزوج على وجه تقع المعرفة به . ولا يشترط تسمية المهر ، على الصحيح . نقله الزركشي .

الثانية : قال في الترغيب ، وغيره : لا يشترط الإشهاد على إذنها .

وكذا قال ابن منى في تعليقه : لا تعتبر الشهادة على رضى المرأة

وقدمه في الفروع

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وفي المذهب خلاف شاذ : يشترط الإشهاد على إذنها . انتهى

وإن ادعت الإذن ، فأنكر ورثته : صدقت .

وقال في الفروع : ولا تشترط الشهادة بخلوها عن الموانع الشرعية ، واقتصر عليه .

قوله ﴿ ولا فَرْقَ بَيْنَ الثُّيُوبَةِ بِوَطْءٍ مُبَاحٍ أَوْ مُحَرَّمٍ ﴾ .

أما الوطء المباح . فلا خلاف في أنها ثيب به

وأما الوطء بالزنا وذهاب البكارة به : فالصحيح من المذهب أنه كالوطء المباح في اعتبار الكلام في إذنها . وعليه الأصحاب

قال الزركشي : صرح به الأصحاب

قلت : بل أولى وإن كانت مطاوعة

قال في الفروع : والأصح ، ولو بزنا .

وقيل : حكمها حكم الأبكار .

قلت : لعل صاحب هذا القول أراد إذا كانت مكرهة ، وإلا فلا وجه له .

قوله ﴿ فَأَمَّا زَوَالُ البَكَارَةِ بِإِصْبَعٍ ، أَوْ وَثْبَةٍ ، فَلَا تُغَيِّرُ صِفَةَ الإِذْنِ ﴾

وكذا الوطء في الدبر على الصحيح من المذهب في ذلك كله . وعليه الأصحاب

وعنه : تغير صفة الإذن ، فيعتبر النطق في الكل

قلت : لو قيل بالفرق بين من ذهبت بكارتها بإصبع أو وثبة ، وبين من وُطئت في دبرها مطاوعة فيكفي الصمت في الأولى دون الثانية لكان له وجه قوي .

فائدتان

إحداهما : حيث حكمنا بالثيوبة ، لو عادت البكارة ، لم يزل حكم الثيوبة . ذكره القاضي في الحاكم وذكره غيره أيضاً لأن المقصود من الثيوبة حاصل لها . وذكره أبو الخطاب محل وفاق

الثانية : لو ضحكت البكر ، أو بكت ، كان كسكوتها . قاله الأصحاب

وقال في الرعاية ، قلت : فإن بكت كارهة فلا ، إلا أن تكون مجبرة . انتهى

قلت : وهو الصواب . فإن البكاء تارة يكون من شدة الفرح ، وتارة يكون لشدة الغضب ، وعدم الرضى بالواقع

فإن اشتبه في ذلك نظرنا إلى دمعها . فإن كان من السرور كان بارداً ، وإن كان من الحزن كان حاراً . ذكره البغوي عن بعض أهل العلم في تفسير قوله تعالى في مريم (١٩ : ٢٦ وقرّي عيناً)

فإن قيل : كان يمكنها النطق إذا كرهت

قلنا : وكان يمكنها النطق بالإذن إذا رضيت . ولكنها لما كانت مطبوعة على الحياء فى النطق : عم الرضى والكراهة .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : الْوَلِيُّ فَلَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ ﴾

هذا المذهب . أعنى أن الولى شرط فى صحة النكاح . وعليه الأصحاب ونص عليه . قال الزركشى : لا نعلم لأصحاب فى ذلك

وعنه ليس الولى شرطا مطلقا .

وخصه المصنف ، وجماعة بالحر لعدم الولى والسلطان .

فعلى المذهب ﴿ لو زوجت المرأة نفسها ، أو غيرها بغير إذن صح ﴾

وهو المذهب . وعليه الأصحاب

وعنه : يجوز لها تزويج نفسها ذكره جماعة من الأصحاب

وعنه : أن لها أن تأذن لرجل يزوجها

وعنه لها تزويج أمتها ومعتقتها

وهذه رواية ابن منصور ، ومهنا

وذكر الزركشى لفظ الإمام أحمد رحمه الله فى ذلك ، ثم قال : وفى أحمد رواية من هذا نظر ، لكن عامة المتأخرين على إثباتها .

قوله ﴿ فيخرج منه صحة تزويج نفسها بإذن وليها . وتزويج غيرها بالوكالة ﴾

يعنى على رواية أن لها تزويج أمتها ومعتقتها

وخرجه أبو الخطاب فى الهداية ، والمجد ، والمحرر ، وغيرهم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هذا التخريج غلط

قال الزركشى ، وصاحب تجريد العناية — عن هذا التخريج — . ليس بشىء

وفرق القاضى وعامة الأصحاب — على رواية تزويج أمتها ومعتقتها — بين تزويج

أمته وتزويج نفسه وغيره ، لأن التزويج على ذلك لا يحتاج إلى أهلية الولاية .

مدبين تزويج القن مملوكته

تنبيه : على المذهب يزوج أمته بإذنه لمن يزوجها . على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب

وعنه : يزوجها أي رجل أذنت له ، بعد إذا كانت رشيدة .

فأما المحجور عليها : فيزوج أمتها وليها في مذهب خاصة . قاله في المغني ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم وقصوا به

وعلى المذهب : إذا زوجها وليها بإذنها ، فلا بد من نطقها بالإذن ، ثيبا كانت أو بكرا

وعلى المذهب أيضا لو زوجت غير بإذن وليها ، فهو نكاح الفضولي

وفيه طريقان :

أحدهما فيه خلاف الذي في تصرف الفضولي ، على ما تقدم في كتاب البيع

وعنه أن الصحيح من المذهب البطلان وهذه طريقة القاضي ، والأكثرين وهي الصحيحة من المذهب

والطريق الثاني : القطع ببطلانه

وهي طريقة أبي بكر ، وابن أبي موسى .

ونص الإمام أحمد رحمه الله على التفريق بين البيع والنكاح في رواية ابن القاسم .

فعلى القول بفساد النكاح ـ وهو المذهب ـ لا يحل الوطء فيه وعليه فراقها فإن أبى ، فسخه الحاكم فإن وطئ ، فلا حد عليه على الصحيح من المذهب وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله

وقدمه في الكافي ، والمغني ، والشرح ، ونصره .

وعنه : عليه الحد . وحكى عن ابن حامد . وأطلقهما في الفائق

فائدة : لو حكم بصحته حاكم لم ينقض على الصحيح من المذهب .

قدمه في المغني ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، وصححه المجد في شرحه .

وقيل : ينقض . خرجه القاضي .

وهو قول الاصطخري من الشافعية

وأطلقهما في الفائق ، والفروع ، فقال : وهل يثبت بنص فينتقض حكم من حكم بصحته ؟ فيه وجهان . وفي الوسيلة روايتان .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف في قوله ﴿ وعنه : لها تزويج أمتها ومعتقتها ﴾ .

أن المعتقة كالأمة . وهو صحيح . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقي

قال المصنف ، والشارح . وهو أصح . واختاره ابن أبي الحجر من أصحابنا .

والشيخ تقي الدين رحمه الله

وعنه : لا يلي نكاح المعتقة . وأطلقهما في الفروع

فعلى الأولى : إن طلبت وأذنت زوجتها فلو عضلت زوج وليها .

لكن في إذن السلطان وجهان في الترغيب . واقتصر عليه في الفروع .

قلت : قاعدة المذهب تقتضي عدم إذنه

وعلى الثانية : يزوجها بدون إذنها أقرب عضلتها ، ثم السلطان . ويجبرها من يجبر سيدتها

قلت : الأولى — على هذه الرواية — أن لا تجبر المعتقة الكبيرة

وقال في الترغيب : المعتقة في المرض ، هل يزوجها قريبها ؟ فيه وجهان

قال الزركشي وقيل : يملك إجبارها من يملك إجبار سيدتها التي أعتقتها

قال : وهو بعيد . وهو كما قال في الكبيرة .

وظاهر كلامه في المغني ، والشرح : أنه ليس له ولاية إجبار في تزويج المعتقة مطلقاً .

قوله ﴿ وأحقُّ النَّاس بِنِكَاحِ المَرْأَةِ الحُرَّةِ : أَبُوهَا . ثُمَّ أَبُوهُ وَإِنْ عَلَا ثُمَّ ابْنُهَا ثُمَّ ابْنُهُ ، وَإِنْ سَفُلَ ﴾

هذا المذهب وعليه الأصحاب

وعنه : يقدم الابن وابنه على الأب والجد

ذكره ابن المني في تعليقه . وأخذه أبو الخطاب في انتصاره من قول الإمام أحمد رحمه الله في رواية حنبل « العصبة فيه مَنْ أحرزَ المال » .

وخرجه الشيخ تقي الدين رحمه الله من رواية تقديم الأخ على الجد لاشتراكهما في المعنى .

وعنه : يقدم الابن على الجد اختاره ابن أبي موسى ، والشيرازي

قال في الفروع : وعنه ـ عليها ـ تقديم الأخ على الجد

وعنه سواء . وذكر الزركشي رواية ثالثة بتقديم الجد على الأخ ، على هذه الرواية وأطلقهن

وخرج الشيخ تقي الدين رحمه الله وجهاً بتساوي الابن والأب والجد وابن الابن

وخرجه بعضهم من رواية استواء الأخ والجد

قوله ﴿ ثُمَّ أَخُوهَا لِأَبَوَيْهَا ثُمَّ لِأَبِيهَا ﴾

هذا إحدى الروايتين وهو المذهب عند المتأخرين . اختاره جماعة ، منهم أبو بكر ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وجزم به في العمدة وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

وعنه : هما سواء وهو المذهب عند المتقدمين . جزم به الخرقي ، وابن عبدوس في تذكرته ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر

قال الزركشى : وهو المذهب عند الجمهور ، والخرقى ، وابن أبى موسى ، والقاضى ، والشريف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والشيرازى ، وابن البنا ، وغيرهم

وقدمه فى المستوعب ، وشرح ابن رزين ، وناظم المفردات وهو منها

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم فى أولاد الإخوة من الأبوين والأب ، والأعمام من الأبوين والأب ، وأولادهم . وهلم جرا

الثانية : لو كانا ابنى عم ، أحدهما أخ لأم . فحكمهما حكم الأخ من الأبوين والأخ من الأب ، على ما تقدم عند القاضى ، وجماعة من الأصحاب وقدمه فى الرعاية .

وقال المصنف ، والشارح : هما سواء . ولا مزية للأخوة من الأم . لانفرادها بالإرث

وراد قول القاضى . وهو كما قالا .

قوله ﴿ ثُمَّ المَوْلَى المُنْعِمُ ثُمَّ عَصَبَاتُهُ ، الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل . يقدم أبو المعتقة على ابنها فى ترويج أمتها وعتيقتها وهو ظاهر كلام الخرقى

قوله ﴿ ثُمَّ السُّلْطَانُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : من أسلمت على يديه ، فهو أحق بتزويجها من السلطان

فوائد

منها: السلطان هنا: هو الإمام أو الحاكم، أو من فوض إليه. ذكره المصنف والشارح، والزركشي، وغيرهم.

وإذا استولى أهل البغي على بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم في ذلك مجرى الإمام وقاضيه. قاله المصنف، والشارح وغيرهم.

ومنها: قال الزركشي: المشهور أنه لا يزوج والي البلد. وهو إحدى روايتين. واختاره القاضي، وغيره.

وعنه: يزوج عند عدم القاضي.

لكن القاضي أبو يعلى حمل هذه الرواية على أنه إذا أذن له في التزويج. والشيخ تقي الدين رحمه الله حملها على ظاهرها.

ومنها: قال الزركشي أيضاً: إذا لم يكن للمرأة ولي. فعنه ـ وهو ظاهر كلام الأصحاب ـ لا بد من الولي مطلقاً.

حتى قال القاضي أبو يعلى الصغير ـ في رجل وامرأة في سفر ليس معهما ولي ولا شهود ـ لا يجوز أن يتزوج بها، وإن خاف الزنا بها.

قلت: وليس بظاهر مع خوف الزنا.

وعنه: والي البلد أو كبيره يزوج. اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله.

وقدمه في النظم.

قال في الفروع: والصحيح ما نقل عن الإمام أحمد رحمه الله وغيره: يزوجها ذو السلطان في ذلك المكان، كالعضل فإن تعذر، وكلت.

وعنه: ثم عدل. قدمه في الرعاية.

تنبيه: قوله ﴿ فَأَمَّا الأَمَةُ، فَوَلِيُّهَا سَيِّدُهَا ﴾.

هذا بلا نزاع. ولو كان فاسقاً، أو مكاتباً.

وتقدم - أن لسيده أن يجبره إلا أن تكون مكاتبة على الصحيح من المذهب.

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَتْ لِامْرَأَةٍ - فَوَلِيُّهَا وَلِيُّ سَيِّدَتِهَا ﴾.

هذا مبنى على الصحيح من المذهب: أن المرأة لا عبارة لها فى النكاح.

وتقدم الخلاف فى ذلك قريباً.

قوله ﴿ وَيُشْتَرَطُ فِى الوَلِىِّ: الحُرِّيَّةُ ﴾.

هذا المذهب نص عليه فى رواية عبد الله، وصالح، وإسحاق بن هانىء. وعليه الأصحاب

وقال فى الانتصار: ويحتمل أن يلى على ابنته. ثم جوزه بإذن سيده.

وذكر فى عيون المسائل احتمالاً بالصحة

وقال فى الروضة: هل للعبد ولاية على قريبته؟ فيه روايتان

قال فى القواعد الأصولية. والأظهر أنه يكون ولياً

قوله ﴿ والذُّكُورِيَّةُ ﴾

وهو أيضاً مبنى على الصحيح من المذهب

وتقدم فى أول الفصل: هل لها ترويج نفسها أم لا؟

قوله ﴿ واتِّفَاقُ الدِّينِ ﴾

يأتى بيان ذلك فى كلام المصنف قريباً عند قوله «ولا على كافر بكافرة مسلمة. بحال وعكسه»

قوله ﴿ وهَلْ يُشْتَرَطُ نُطْوعُهُ وعَدالَتُهُ؟ عَلَى روايَتَيْنِ ﴾.

أى شرط النوع. وأطلق المصنف فيه الخلاف وأطلقهما فى الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والهادى

احداهما : يشترط بلوغه . نص عليه في رواية ابن منصور ، والأثرم ، وعلي ابن سعيد ، وحرب . وهو المذهب .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال في المذهب : يشترط بلوغه في أصح الروايتين .

قال الزركشي : هذه الرواية هي المشهورة ، نقلا واختياراً ويحتمله كلام الخرقي

قال في القواعد الأصولية : هذا المذهب نص عليه واختاره أبو بكر وغيره

وجزم به في المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم

وقدمه في الكافي ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وشرح ابن رزين ، والفروع ، وغيرهم

قال في الكافي : وهو أولى

والرواية الثانية : لا يشترط بلوغه

فعليها يصح تزويج ابن عشر

قال الإمام أحمد رحمه الله : إذا بلغ عشراً زوّج وتزوج . قدمه في القواعد الأصولية . وعنه اثنى عشر .

وأما اشتراط العدالة : فأطلق المصنف فيها روايتين

وأطلقهما في الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

احداهما : يشترط عدالته . وهو المذهب .

قال في المذهب : يشترط في أصح الروايتين . وصححه ابن أبي موسى ، والأرجي ، وغيرهم

وجزم به في الوجيز وغيره . وقدمه في المحرر ، وشرح ابن رزين ، والفروع .

والرواية الثانية : لا تشترط العدالة فيصح تزويج الفاسق وهو ظاهر كلام الخرقي لأنه ذكر الطفل ، والعبد ، والكافر . ولم يذكر الفاسق

على المذهب : يكفي مستور الحال على الصحيح من المذهب

وحمل صاحب التصحيح كلام المصنف عليه .

وجزم به في الكافي ، والمحرر ، والمنور ، وغيرهم .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : تشترط العدالة ظاهراً وباطناً . وهو ظاهر كلامه في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير وأطلقهما في الفروع .

تنبيه : محل الخلاف في اشتراط العدالة : في غير السلطان .

أما السلطان : فلا يشترط في تزويجه العدالة . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب

وقدمه في الفروع . وأجرى أبو الخطاب الخلاف فيه أيضاً .

فائدتان

إحداهما اشترط في المحرر ، والوجيز ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم : الرشد في الولي .

واشترط في الواضح كونه عارفاً بالمصالح ، لا شيخاً كبيراً جاهلاً بالمصلحة .

وقاله القاضي ، وابن عقيل ، وغيرهم

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : الرشد هنا هو المعرفة بالكفء ومصالح النكاح ليس هو حفظ المال فإن رُشْدَ كل مقام بحسبه

واشترط في الرعاية أن لا يكون مغفلاً فيه ، ولا مقصراً ومعناه في الفصول فإنه جعل المغفل عاجزاً وإن لم يفسق لعدم الشفقة . وشرط الولي الإشفاق

الثانية : لأن زوال الولاية بالإغماء والعمى على الصحيح من المذهب جزم به في الكافي ، والمغني ، والشرح في العمى وقدمه في الرعاية .

قلت وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

وقيل : يزول ذلك .

ولا تزول بالسفه ، بلا خلاف أعلمه .

وإن جن أحيانا ، أو أغمي عليه ، أو نقص عقله نحو مرض ، أو أحرم : انتظر زوال ذلك . نقله ابن الحكم في المجنون .

ولا ينعزل وكيلهم بطرآن ذلك .

وكذا إن أحرم وكيل ، ثم حل . قاله في الفروع

وقال في الرعاية : فإن أغمي عليه ثلاثة أيام ، أو جن منطرقا ، أو نقص عقله بمرض أو غيره ، أو أحرم : فهل الأحد أولى ، أو الحاكم ، أو هو فينتظر فيبقى وكيله ؟ يحتمل أوجها وكذا يحج له توكل لمجنون ثم أحرم ثم حل . انتهى .

قوله (وإن عضل الأقرب زوج الأبعد)

هذا الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع

وعنه : يزوج الحاكم اختاره أبو بكر

فائدة : « العضل » منع المرأة التزوج بكفؤها إذا طلبت ذلك ، ورغب كل منهما في صحبته ، سواء طلبت ذلك نفسها أو وليه قاله الأصحاب

وتقدم « إذا اختارت كفؤ وختار ولي غيره أنه يقدم الذي اختارته فإن امتنع من تزويجه : كان عاضلا » عند قوله « وللسيد تزويج إمائه »

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : من صور العضل . إذا امتنع الخطاب من خطبتها ، شدد الولي

قوله ﴿ وَإِنْ غَابَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً : زَوَّجَ الأَبْعَدُ ﴾ .

هذا المذهب وعليه الأصحاب

وعنه : يزوج الحاكم ذكرها في الرعايتين . والحاوي .

وخرجها أبو الخطاب من عَضْل الولي . وتابعه في المحرر .

تنبيه محل الخلاف . إذا كانت المرأة حرة

فأما إن كانت أمة : فإن الحاكم هو الذي يزوجها .

قاله القاضي في التعليق ، مدعياً أنه قياس المذهب .

وهو ظاهر كلام الخرقي ، حيث قال : زوجها من هو أبعد منه من عصبتها .

قوله ﴿ وهي مَا لا يُقْطَعُ إلاَّ بِكُلْفَةٍ ومَشَقَّةٍ ، فِي ظَاهِرِ كَلاَمِهِ ﴾ .

وهذا المذهب . نص عليه في رواية عبد الله .

واختاره المصنف ، والمجد ، والشارح وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع

وقال الخرقي : ما لا يصل إليه الكتاب ، أو يصل فلا يجيب عنه ، كمن هو في أقصى الهند بالنسبة إلى الشام ومصر ونحوهما

قال الزركشي وهذا يحتمل بعده وهو الظاهر

ويحتمل : وإن كان قريباً فيكون في معنى الفاصل .

وبالجملة فقد أومأ الإمام أحمد رحمه الله إلى هذا في رواية الأثرم . انتهى .

وقال القاضي : ما لا تقطعه القافلة في السنة إلا مرة واحدة ، كسفر الحجاز .

وتبعه أبو الخطاب في خلافه وجزم به ابن هبيرة في الإفصاح

وعن الإمام أحمد رحمه الله إذا كان الأب بعيد السفر : زوج الأبعد .

قال المصنف هنا فيحتمل أنه أراد ما تقصر فيه الصلاة . وكذا قال أبو الخطاب

قال في المستوعب : وحدّه أبو الخطاب بما جعله الشرع بعيداً

وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله في رواية حرب : إذا كان الأب بعيد السفر زوج الأخ .

قال الزركشي، وقيل : يكتفى بمسافة القصر لأن الإمام أحمد رحمه الله اعتبر البعد في رواية أبي الحارث ، وأطلق . انتهى .

وقيل : ما تستضر به الزوجة . حكاه ابن عقيل . قاله في المستوعب .

قلت : وهو الصواب

وقيل : ما يفوت به كفء راغب

قلت : وهو قوي أيضاً

فائدة : من تعذرت مراجعته ـ كالمأسور ، والمحبوس ـ أو لم يعلم مكانه . فحكمه حكم البعيد . قاله في المغني ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم

وقال في الكافي : إن لم يعلم وجود الأقارب بالكلية ـ حتى زوج الأبعد ـ يخرج على وجهين ، من انعزال الوكيل قبل علمه

قال بعض الأصحاب : وفيه نظر لأن الوكيل تثبت له ولاية التصرف قبل العزل ظاهراً وباطناً ، بخلاف هذا

وقال الزركشي : ظاهر كلام الخرقي : أن شرط تزويج الأبعد الغيبة المذكورة فلو لم يعلم أقارب هو أم بعيد ؟ لم يزوج الأبعد . وهو ظاهر إطلاق غيره

وقال أبو محمد في المغني : يزوج الأبعد والحال هذه

وكذلك إذا علم أنه قريب ، ولكن لا يعلم مكانه . وهو حسن مع أن كلام الخرقي لا يأباه . انتهى

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وكذلك لو كان الولي مجهولا لا يعلم أنه عصبة ، ثم عرف بعد العقد .

وكذا قال ابن رجب : لو زوجت بنت الملاعنة ، ثم استلحقها الأب .

قال في القواعد الأصولية: لو لم يعلم وجود الأقرب، حتى زوج الأبعد، خرجها في الكافي على روايتي انعزال الوكيل قبل علمه بالعزل.

ورجح أبو العباس، وشيخه، يعني به ابن رجب — الصحة هنا.

وقد يقال: كلام صاحب الكافي ليس في هذه الصورة، لأنه لم يذكر الخلاف إلا فيما إذا كان الأقرب فاسقاً، أو مجنوناً، وعادت ولايته بزوال المانع. فزوج الأبعد من غير علم بعود ولاية الأقرب.

وإذا لم يعلم الولي الأقرب بالكلية لم يتعرض لها.

وقد يفرق بينهما بأن النسبة للأقرب — إذا لم يعلم — لم ينسب الأبعد إلى تفريط، فهو غير مقدور على استئذانه، فسقط الاستئذان بعدم العلم.

فالأبعد حينئذ غير منسوب إلى تفريط، بخلاف ما إذا كان الأقرب فيه مانع وزال، فإن الأبعد ينسب إلى تفريط، إذا كان يمكنه حال العقد معرفة حال الأقرب. انتهى.

قوله ﴿ ولا يَلِي كَافِرٌ نِكَاحَ مُسْلِمَةٍ بِحَالٍ ﴾

يعني: لا يكون ولياً لها ﴿ إلَّا إذا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِهِ فِي وَجْهٍ ﴾

وهذا الوجه هو المذهب. جزم به في الإيضاح، والوجيز، والنظم، وغيرهم.

واختاره أبو الخطاب في الانتصار[1]، وابن البنا في خصاله. وهو ظاهر ما جزم به في الفروع، فإنه قال: وَلَا يَلِي كَافِرٌ نِكَاحَ مُسْلِمَةٍ، غير نحو أم ولد.

وقيل: لا يليه. اختاره الخرقي، والمصنف، والشارح، وابن نصر الله في حواشيه، وغيرهم.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاوي الصغير.

---

(١) في نسخة طلعت « في خلافه ».

تبعه ظاهر كلام المصنف ـ بل هو كالصريح فى ذلك ـ أن الذمى لا يلى نكاح مكاتبته ومدبرته . وهو أحد الوجهين .

والخلاف هنا كالخلاف فى أم الولد ذكره فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وهو ظاهر كلامه فى الفروع وقد تقدم نقله .

وظاهر كلام المصنف : الفرق بين أم الولد وبين المكاتبة والمدبرة

وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم لكن لم أر قولا صريحا له فى

وظاهر كلام المصنف أيضا ـ أو صريحه ـ أنه لا يلى نكاح بنته المسلمة وهو صحيح وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم وقدمه فى الفروع ، وغيره وذكره ابن عقيل فى ولاية فاسق نبه عليه وذكره ابن رزين وأطلقهما فى الرعاية الصغرى

فعلى القول بأنه يلى هل يباشره ويعقده بنفسه ؟ أو يباشره مسلم بإذنه أو يباشره حاكم بإذنه ؟ فيه ثلاثة أوجه

وأطلقهن فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع

إحداهن . يباشره بنفسه وهو الصحيح صححه فى المغنى ، والشرح ، والنظم وقاله أبو حنى وهو كالصريح فى كلام المصنف هنا وجزم به فى الوجيز وقدمه فى الرعايتين وهو ظاهر كلام ابن رزين فى شرحه

الثانى : يعقده مسلم بإذنه

والثالث يعقده حاكم بإذنه

قال فى الرعاية الكبرى : وهو أولى

نقل حنبل : لا يعقد يهودى ولا نصرانى عقد نكاح مسلمة

وقيل : يعقده الحاكم بغير إذنه ذكره فى الرعاية الصغرى

قوله ﴿ وَيَلِي الذِّمِّيَّ نِكَاحَ مُوَلِّيَتِهِ الذِّمِّيَّةِ مِنَ الذِّمِّيِّ ﴾

هذا المذهب المقطوع به عند الأصحاب ولم يفرقوا بين اتحاد دينهم أو تباينه.

وخرج الشيخ تقي الدين رحمه الله — في جواز كون النصراني يلي نكاح اليهودية وعكسه — وجهين، من توارثهم وقبول شهادة بعضهم على بعض بناء على أن الكفر هل هو ملة واحدة، أو ملل مختلفة؟ فيه الخلاف المتقدم في باب ميراث أهل الملل.

قوله ﴿ وهلْ يَليه مِنْ مُسْلِمٍ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

وأطلقهما في المذهب، ومسبوك المذهب.

أحدهما: يليه أعني يكون وليا، وهو المذهب اختاره أبو الخطاب، والمصنف، والمجد، والشارح، وغيرهم.

وجزم به في المحرر، والوجيز، والمنور، وغيرهم وصححه في النظم، وغيره.

وقدمه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والفروع، والرعاية الصغرى.

والوجه الثاني: لا يليه نص عليه في رواية حنبل.

واختاره ابن أبي موسى، والقاضي في التعليق، والجامع، والشريف، وأبو الخطاب في خلافيهما، والشيرازي من اختاره القاضي وأصحابه.

قاله ناظم المفردات.

وقدمه في الرعاية الكبرى، وناظم المفردات وهو منها.

قلت: ينبغي أن يكون هذا المذهب، للنص عن الإمام.

فعلى المذهب: له أن يباشر التزويج، وينعقد النكاح بنفسه. على الصحيح كما تقدم صححه في المغني، والنظم، والشرح.

وهو كالصريح في كلام المصنف هنا.

وجزم به في الوجيز وقدمه في الرعايتين.

وقيل: يباشره، وينعقد مسلم بإذنه.

وقيل : يباشره الحاكم بإذنه .

وأطلقهن فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقيل : يعقده الحاكم بغير إذنه كما تقدم فى التى قبلها فيهما فى الحكم سواء .

وعلى الوجه الثانى : لا يلى مالها ، على قياسه . قاله القاضى .

وقال فى الانتصار فى شهادتهم : يلى مالها ، على قياسه .

وفى تعليق ابن منى فى ولاية القضاء : لا يلى على مال كاف ، إلا عدل فى دينه ونوع سلامته ، فمثلا يؤدى إلى القدح فى نسب نبى ، أو ولى ونحو عليه ولاية المال

فائدة : يشترط فى الذمى ، إذا كان وليّ : الشروط المعتبرة فى المسلم

قوله ﴿ وإذا زوّج الأبعدُ من غيرِ عُذرٍ للأقربِ ، أو زوّج أجنبيٌّ : لم يَصِحَّ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره وصححه فى النظم ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وعنه : يَصِحّ ويقِفُ على إجازةِ الوَلِيّ . ولا نظر للحاكم ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : إن كان الزوج كفؤاً أمر الحاكم الولى بالإجازة فإن أجاز ، وإلا صار عاضلا ، فيجيزه الحاكم

أجاب به المصنف . قال الزركشى : وفيه نظر .

واعلم أن هاتين المسألتين وأشباههما حكمهما حكم بيع الفضولى ، على ماتقدم فى باب البيع . ذكره الأصحاب .

فائدتان

إحداهما : لو تزوج الأجنبى لغيره بغير إذنه فقيل : هو كفضولى فيه

خلاف المتقدم

وقيل: لايصح هنا. قولا واحداً، كذمته.

قلت: وهي كمسألة الفضولي أقرب. فتلحق بها

وأطلقهما في المستوعب، والفروع

وعلى كلا الطريقين: لاتصح النكاح، على الصحيح.

الثانية: لو زوج الولي موليته - التي تعتبر إذنها - بغير إذنها فهو كزواج الأجنبي بغير إذن الولي. قاله في المستوعب، وغيره.

قوله (ووكيلُ كُلِّ واحِدٍ مِنْ هؤُلاءِ يقُومُ مَقامَهُ، وإنْ كانَ حاضِرًا)

الصحيح من المذهب: جواز الوكالة في النكاح، وجواز توكيل الولي، سواء كان محرماً أو غير محرم، إن كان أو غيره، بإذن الزوجة أو غير إذنها. وهو ظاهر المصنف هنا

وقدمه في المغني، والشرح، والكافي، ونصراه.

وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، في هذا الباب.

وقدمه في المحرر، في باب الوكالة، والنظم، والفائق

قال الزركشي: هذا اختيار الشيخين، وغيرهما.

وقيل: لا يوكل غير محرم بإذنها، إلا الحاكم. وقدمه في الفروع، في باب الوكالة، فتناقض

وخرج القاضي في المجرد، وابن عقيل في الفصول: هذه على الروايتين في توكيل الوكيل من غير إذن الموكل، وقالا: من لا يجوز له الإجبار تكون كالوكيل في التوكيل. ورده المصنف، والشارح

وقال في الترغيب: لو منعت الولي من التوكيل: امتنع. ورده المصنف أيضاً وغيره.

وقيل : لايوكل محجور أيضاً بلا إذنها ، إن كان لها إذن معتبرة ذكره فى الرعايتين .

فوائد

الأولى : يجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً

فالمطلق : مثل أن يوكله فى تزويج من رضيه ، أو من شاء ونحوهما

والمقيد : مثل أن يوكله فى تزويج رجل معين ونحوه.

وهذا المذهب . نص عليه ، وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والكافى ، وغيرهم وقدمه فى الرعاية الكبرى . والفروع

وقيل : يعتبر التعيين لغير المجبر

وقيل : يعتبر التعيين للمجبر وغيره

الثانية : ما قاله المصنف والشارح ، وابن حمدان ، وغيرهم : أنه ثبت للوكيل مثل ما ثبت للموكل فإن كان له إجبار ثبت لوكيله وإن كانت ولايته ولاية مراجعة ، احتاج الوكيل إلى إذنها ومراجعتها فى زواجها . لأنه نائب عنه . فثبت له مثل ما يثبت لمن ينوب عنه .

وكذا الحكم فى السلطان والحاكم إذن غيره فى التزويج فيكون المأذون له قائماً مقامه

وقال المصنف ، والشارح فى باب الوكالة : والذى يعتبر إذنها فيه للوكيل : هو غير ما وكل فيه الموكل . بدليل أن الوكيل لايستغنى عن إذنها فى التزويج . فهو كالموكل فى ذلك .

وتقدم التنبيه على ذلك فى باب الوكالة .

الثالثة : يشترط فى وكيل الولى ما يشترط فى الولى نفسه . على الصحيح من المذهب . فلا يصح أن يكون الوكيل فاسقاً ونحوه . وهو من مفردات المذهب

وقيل : يصح توكيل فاسق وعبد وصبي مميز .

ولا يشترط فى وكيل الزوج عدالته على الصحيح من المذهب .

اختاره أبو الخطاب ، وابن عقيل ، وابن عبدوس فى تذكرته وغيرهم .

وقدمه فى المغنى والشرح ، وقالا : هو أولى وهو القياس وهو ظاهر كلام طائفة من أصحاب . وقدمه فى الكافى

وقيل : تشترط عدالته . اختاره القاضى . وقدمه ابن رزين فى شرحه ، والرعاية الكبرى

قال فى التلخيص : اختاره أصحابنا ، إلا ابن عقيل

وأطلقهما فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفروع ، والفائق .

وقد تقدم ذلك فى أوائل باب الوكالة .

الرابعة : يتقيد الولى ووكيله المطلق بالكفء إن اشترطت الكفاءة .

ذكره فى الترغيب .

الخامسة : ليس للوكيل المطلق أن يتزوجها نفسه . فإن فعل فهو كتزويج الفضولى على ماتقدم .

قدم فى القاعدة السبعين - ليس له ذلك على المعروف من المذهب

وحكى ابن أبى موسى - أنه إن أذن له الولى فى التوكيل ، فوكل غيره فزوجه : صح وكذا إن لم يأذن له ، وقلنا للوكيل أن يوكل مطلقاً .

وأما من ولايته بالشرع - كالولى والحاكم وأمينه - فله أن يزوج نفسه . ولو قلنا : ليس لهم أن يشتروا من مال .

ذكره القاضى فى خلافه وألحق الوصى بذلك

قال فى القواعد الأصولية والفقهية : وفيه نظر . فإن الوصى يشبه الوكيل لتصرفه بالإذن

قال : وسواء فى ذلك اليتيمة وغيرها صرح به القاضى فى ذلك وذلك حيث يكون لها إذن معتبر . انتهى .

ويجوز تزويج الوكيل ولده .

السادسة : يعتبر أن يقول الولى ، أو وكيله ، لوكيل الزوج « زوجت فلانة فلان » أو « زوجت موكلك فلاناً فلانة » ولا يقول « زوجتها منك » ويقول الولى « قبلت تزويجها ، أو نكاحه فلان » فإن « يقل « فلان » فوجهان فى التعليق . وتابعه فى الفروع .

وقال فى الرعاية : إن قال « قبلت هذا النكاح » ونوى أنه قبله لموكله ، ولم يذكره : صح

قلت : يحتمل ضده بخلاف البيع . انتهى .

وتقدم ذلك أيضاً فى أوائل باب الوكالة .

قوله ﴿ وَوَصِيُّهُ فِي النِّكَاحِ بِمَنْزِلَتِهِ ﴾ .

فتصح ولاية النكاح بالوصية إذا نص على التزويج ، كالأب صرح به فى الكافى وغيره

ويجبر من يجبره الموصى وهذا مذهب وعليه جماهير الأصحاب منهم الخرقى ، والقاضى ، وابنه أبو الحسين ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والشيرازى ، وابن البنا ، والمصنف ، والشارح . وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى ، والفروع ، والزركشى ، والنظم . وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب فيهما .

وقيل : ليس له أن يجبر فلا يزوج من لا يرى لها اختياره أو بكر ، وإن أبى موسى قاله فى الفروع .

وعنه : لا تستفاد ولاية النكاح بالوصية . اختاره أبو بكر . قاله الزركشي ، كالحضانة . قاله في المغني ، والكافي .

ومال ابن نصرالله - في حواشي الفروع - إلى صحة الوصية بالحضانة

وأحد من تعليل المصنف أيضاً

وعنه : لا تستفاد بالوصية ، إذا كان للموصي عصبة . حكاه القاضي في الجامع الكبير واختاره ابن حامد

وتقدم التنبيه على ذلك في أثناء باب الموصى إليه

فائدتان

إحداهما : هل يسوغ للموصي الوصية به ، أو يوكل فيه ؟

قال في الترغيب : فيه الروايتان المتقدمتان

وقال في النوادر : ظاهر المذهب جوازه .

وتقدم في باب الموصى إليه « هل للوصي أن يوصي أم لا ؟ » وفي باب الوكالة « هل له أن يوكل أم لا ؟ » .

الثانية : حكم تزويج وصي صغير بوصية حكم تزويج الأب على الصحيح من المذهب . جزم به في النوادر وقاله في المغني ، والشرح ، وغيرهما .

أعني : إذا أوصى إليه أن يزوجه - هل له أن يجبره ؟

قال الحرقي : ومن زوج غلاماً غير بالغ ، أو معتوهاً - لم يجز ، إلا أن يزوجه والده ، أو وصي نظر له في التزويج . وجزم به الزركشي

قال في الفروع وظاهر كلام القاضي ، وصاحب المحرر : للوصي مطلقاً تزويجه .

يعني : سواء كان وصياً في التزويج ، أو في غيره

وجزم به الشيخ تقي الدين رحمه الله ، وأنه قولها - أن وصي الأم تزوج الصغير

قال في الفروع : والأول أظهر ، كما لا يزوج الصغيرة .

وقال فى الرعاية الكبرى : يزوجه ويحجره ـ بعد أبيه ـ وصيه

وقيل ـ ثم الحاكم .

قلت : بل بعد الأب . وهو أظهر . انتهى .

وتقدم « هل يزوج سائر الأولياء ، غير الأب والوصى ، تزويجه أم لا ؟ » بعد قوله « ولا يجوز لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها »

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : أنه لا حجر للصبى إذا بلغ وهو كذلك .

قال الزركشى : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله والأصحاب .

وقال القاضى : وجدت فى رقعة بخط أبى عبد الله جواب مسألة « إذا زوج الصغير وصيه : ثبت نكاحه ، وتوارثا . فإن بلغ فله الخيار » انتهى .

قوله ﴿ وَإِذَا اسْتَوَى الأَوْلِيَاءُ فِى الدَّرَجَةِ : صَحَّ التَّزْوِيجُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ﴾ بلا نزاع .

﴿ وَالأَوْلَى تَقْدِيمُ أَفْضَلِهِمْ ، ثُمَّ أَسَنِّهِمْ ﴾ ثم يقرع .

هذا مذهب جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز وغيرهم وقدمه فى الفروع ، وغيره

قال فى الرعاية : قدم الأفضل فى العلم والدين والورع ، والخبرة بذلك ، ثم الأسن . ثم من قرع ، انتهى .

وقال ابن رزين فى مختصره : يقدم الأعلم ، ثم الأسن ، ثم الأفضل ، ثم القرعة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : يقتضى أنه لا أثر للسن هنا . وأصحابنا قد اعتبروه .

قوله ﴿ فَإِنْ تَشَاحُّوا أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ فَإِنْ سَبَقَ غَيْرُ مَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، فَزَوَّجَ : صَحَّ فِى أَقْوَى الْوَجْهَيْنِ ﴾

وكذا قال فى الهداية ، والمستوعب ، والحاوى . وهو المذهب .

قال فى المذهب ، ومسوك المذهب : صح فى أصح الوجهين .

قال فى الخلاصة ، والرعايتين ، والفروع : صح فى الأصح

قال الناظم : هذا أظهر الوجهين

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، وغيرهم .

والوجه الثانى : لايصح ذكره أبو الخطاب ومن بعده .

تنبيه : محل الخلاف : إذا أذنت لهم

فأما إن أذنت لواحد منهم : تعين . ولم يصح نكاح غيره

جزم به فى الفروع ، وغيره من الأصحاب

وقال فى الرعاية الكبرى : وعنه إن أجاره من عينته : صح . وإلا فلا

فائدة : قال الأزجى فى النهاية : وإذا استوت درجة الأولياء ، فالولاية ثابتة لكل واحد منهم على الكمال والاستقلال .

فعلى هذا : لو عضل الكل أثموا . ولو عضل واحد منهم : دُعى إلى النكاح ، فإن لم يجب ، فهل يعصى ؟ ينبنى هذا على الشاهد الذى ، نعين : هل يعصى بالامتناع ؟ والأصح : أنه لا يحكم بالعصيان لأن امتناعه لا تأثير له فى توقف النكاح محال . إذ غيره يقوم مقامه

قوله ﴿ وإن زوّج اثنان ، ولم يُعلم السابقُ : فُسِخَ النكاحان ﴾ .

هذا إحدى الروايتين . وهو المذهب . جزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وغيرهم

وقدمه فى الخلاصة ، والشرح ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم

واختاره أبو بكر في خلافه ، والمصنف في المغني .

فعلى هذا . يفسخه الحاكم على الصحيح من المذهب

وقاله القاضي في المجرد ، والتعليق ، والجامع الصغير ، وابن الزاغوني ، وأبو الخطاب والمصنف ، والمجد ، والشارح ، والناظم ، وغيرهم .

وقدمه في الفروع وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

قال ابن خطيب السلامية في نكته : هذا المشهور .

وقال القاضي أيضاً في المجرد ، وابن عقيل في الفصول : يفسخه كل واحد من الزوجين ، أو من جهة الحاكم

وهو صريح في أن للزوجين الفسخ بأنفسهما .

وقاله في المستوعب ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

ويحتمله كلام المصنف هنا .

قال الزركشي : ولعلهم أرادوا بإذن الحاكم .

وعن أبي بكر يطلقانها . حكاه عنه ابن شاقلا .

قلت : هذا أحوط

قال ابن خطيب السلامية في نكته : فعلى هذا هل ينقص هذا الطلاق العدد ، لو تزوجها بعد ذلك ؟ ينبغي أن لا يكون كذلك لأنه لا نسلم وقوع الطلاق به .

وعنه . النكاح صحيح بنفسه فلا يحتاج إلى فاسخ ذكره في النوادر

قال الإمام أحمد رحمه الله ، في رواية ابن منصور ما أرى لواحد منهما نكاحاً .

وقدمه في النصرة

وقال ابن أبي موسى بطلان النكاحين . وهو أظهر ، وأصح .

والرواية الثانية من أصل المسألة يقرع بينهما اختاره ابن حامد والقاضي في التعليق ، والشريف ، وأبو الخطاب ، والشيرازي

وأطلقهن في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافي ، والزركشي

فعلى هذه الرواية : من قرع منهما جدد نكاحه بإذنها كما قاله المصنف هنا . وهو الصحيح .

جزم به في الكافي ، والمحرر ، والنظم ، وغيرهم .

قال الزركشي : قال أبو بكر أحمد بن سليمان النجاد : من خرجت له القرعة جدد نكاحه .

وعنه : هي للقارع من غير تجديد عقد . اختاره أبو بكر النجاد . ونقله ابن منصور . قاله في الفروع .

قال الزركشي : هذا ظاهر كلام الجمهور : ابن أبي موسى ، والقاضي ، وأصحابه .

وصرح به القاضي في الروايتين ، وابن عقيل .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والقواعد .

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ومال إليه في القواعد الفقهية

لكن اختلف نقل الزركشي وصاحب الفروع عن أبي بكر النجاد كما ترى .

وأطلق الروايتين في الفروع ، والمذهب

فعلى القول بأنه يجدد نكاحه ، قال المصنف : ينبغي أن لا تجبر المرأة على نكاح من خرجت له القرعة ، بل لها أن تتزوج من شاءت منهما ومن غيرهما .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله وليس هذا بالجيد فإنا على هذا القول — إذا أمرنا المقروع بالفرقة — وقلنا : لها أن لا تزوج القارع — خلت منهما فلا يبقى بين الروايتين فرق . ولا يبقى للقرعة أثر أصلا بل تكون لغواً وهذا تخليط .

وإنما على هذا القول — يجب أن يقال : هي زوجة القارع ، بحيث يجب عليه نفقتها وسكناها ، ولو مات ورثته لكن لا يطؤها حتى يجدد العقد فيكون تجديد العقد محل الوطء فقط . هذا قياس المذهب .

أو يقال : إنه لا يحكم بالزوجية إلا بالتجديد . ويكون التجديد واجباً عليه وعليها ، كما كان الطلاق واجباً على الآخر . وليس في كلام الإمام أحمد رحمه الله

تعرض للطلاق . ولا لتحديد الآخر النكاح . فإن القرعة حسب الشارع حجة و بينة تفيد الحل ظاهراً ، كالشهادة والسكوت ، ونحوهما . انتهى

وعلى رواية : أنه يقرع بينهما أيضاً : يعتبر طلاق صاحبه . على الصحيح ، كما قاله المصنف . فإن أبى طلق الحاكم عليه .

قال فى الفروع . وعلى الأصح . و يعتبر طلاق صحيحه . فإن أبى فحاكم

واختاره النجاد ، والقاضى فى الروايتين ، والجامع ، والخلاف ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد ، وغيرهم .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، و الخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، وغيرهم .

قال ابن حمدان الحنبلية فى نكته : وهذا أقرب .

قال فى القواعد : وفى هذا ضعف

فإن طلق قبل الدخول ، فهل يجب لها نصف المهر على أحدهما ، و يعين بالقرعة ، أم لا يجب لها شىء ؟ على وجهين

وحكى عن أبى بكر أنه اختار : أنه لا شىء لها . وبه أفتى أو على النجاد . ذكره فى آخر القاعدة السادسة والخمسين بعد المائة

وعنه : لا يؤمر بطلاق ولا يحتاج إليه حكاها ابن البنا وغيره

وقدمه فى القواعد ، وقال : هذا ظاهر كلام أبى عبد الله أحمد رحمه الله تعالى فى رواية حنبل ، وابن منصور انتهى

وقاله القاضى فى المجرد ، وابن عقيل

وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى

وقدمه الزركشى وأصحهما فى المستوعب

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وعنه : من قرع فهو الزوج ، وفى اعتبار طلاق الآخر وجهان

وقيل : وايتان

وقيل : من قرع جدد عقداً بإذنها وطلق الآخر مجاناً . فإن أبى طلق عليه الحاكم . قال في الكبرى : في الأصح .

قال في القواعد : قال طائفة من الأصحاب : يجدد الذي خرجت له القرعة النكاح ، لتحل له بيقين .

وحكاه القاضي في كتاب الروايتين عن أبي بكر أحمد بن سليمان النجاد . ثم رده بأنه لا يبقى حينئذ معنى للقرعة .

فوائد

الأولى : إذا جهل أسبق العقدين . ففيه مسائل .

منها : إذا علم عين السابق ثم جهل فهذه محل الخلاف السابق .

ومنها : لو علم السبق ونسي السابق ، فالصحيح من المذهب : إجراء الخلاف فيها كالتي قبلها . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الزركشي : لا إشكال في جريان الروايتين في هذه الصورة .

وكذلك قال في المستوعب ، والمغني ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وقيل : يقف الأمر حتى يتبين . اختاره أبو بكر ، وابن حمدان في الرعاية الكبرى .

فرع : لو أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل . على الصحيح من المذهب .

قال في الفروع ، والنظم : لم يقبل على الأصح .

وجزم به في المغني ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم . وعنه : يقبل .

ومنها : لو جهل كيف وقعا ؟ .

فقيل : هي على الروايتين . وهو الصحيح . واختاره أبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد ، وصاحب المستوعب ، وغيرهم .

قال الزركشي : واختاره القاضي فيما أظن .

وعند القاضي في التعليق الكبير بطلان على كل حال .

وكذا قال ابن حمدان في الرعايتين ، إلا أنه حكى في الكبرى قولا بالبطلان ظاهراً و باطناً .

ومنها : لو جهل وقوعهما معاً ، فهي على روايتين . على الصحيح من المذهب . وقدمه في الفروع

وقيل : يبطلان .

ومنها : لو علم وقوعهما معاً : بطل . على الصحيح من المذهب

وقطع به أبو الخطاب ، وابن البناء ، والمصنف ، والمجد ، وابن حمدان ، وصاحب الفروع ، وغيرهم من الأصحاب

وذكر القاضي ، في كتب الروايتين أنه يقرع بينهما على رواية الإقراع وذكره في خلافه احتمالا .

قال المجد في شرح الهداية : ولا أظن هذا الاحتمال إلا خلاف الإجماع انتهى

قال ابن بردس ـ شيخ شيخنا ـ قلت شيخنا أبو الفرج ـ فيمن تزوج أختين في عقد ـ : يختار إحداهما وهذا مقصد ما قاله القاضي . انتهى

الثانية : إذا أمر غير القارع بالطلاق فطلق ، فلا صداق عليه حرم به في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم

الثالثة : لو فسخ النكاح أو طلقها ، فقال أبو بكر : لا مهر لها عليهما . حكاها عنه ابن شاقلا ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وقاله القاضي في المجرد ، وابن عقيل

وأفتى به النجاد . حكاه عنه أبو الحسن الزغواني

وحكاه رواية في الفروع وغيره

وقال مهنا : قد نصف الصداق نقرعن عليه وهو المذهب نص عليه

وقدمه في الفروع ، فقال : ونصه لها نصف المهر يقترعان عليه

وعنه : لا . انتهى .

وظاهر المعنى ، والشرح : إطلاق الروايتين .

وحكى في القواعد في وجوب نصف المهر على من خرجت له القرعة وجهين

الرابعة : لو ماتت المرأة قبل الفسخ والطلاق ، فلأحدهما نصف ميراثها فيوقف الأمر حتى يصطلحا . قدمه في الشرح

وقيل : يقرع بينهما . فمن قرع . حلف وورث

قلت : هذا أقرب . وهما احتمالان في المعنى

لكن ذكر على الثاني : أنه يحلف

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله . وكلا الوجهين لا يخرج على المذهب

أما الأول : فلأنا لا نقف الخصومات قط .

وأما الثاني : فكيف يحلف من قال « لا أعرف الحال » ؟

وإنما المذهب — على رواية القرعة — أنهما قرع . فله الميراث بلا يمين

وأما على قولنا « لا يقرع » فإذا قلنا : إنهما تأخذ من أحدهما نصف المهر بالقرعة ، فكذلك يرثها أحدهما بالقرعة . نظرا إلى الأولى

وأما إن قلنا « لا مهر لها » فهنا قد يقال بالقرعة أيضاً . انتهى .

الخامسة : لو مات الزوجان : كان لها ربع ميراث أحدهما . فإن كانت قد أقرت بسبق أحدهما : فلا ميراث لها من الآخر . وهي تدعي ربع ميراث من أقرت له

فإن كان قد ادعى ذلك أيضاً : دفع إليها ربع ميراثها

وإن لم يكن ادعى ذلك ، وأنكر الورثة : فالقول قولهم مع أيمانهم . فإن نكلوا ، قضي عليهم .

وإن لم تكن أقرت بسبق أحدهما : احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما

وتبرأ . واحتمل أن يقرع بينهما . فمن خرجت قرعته . فلها ربع ميراثه .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح

ونقل حنبل : فى رجل له ثلاث بنات . زوج إحداهن من رجل . ثم مات الأب ، ولم يعلم أيتهن زوّج ؟ يقرع بينهن . فأيتهن أصابتها القرعة فهى زوجته . وإن ماتت الزوج : كانت هى الوارثة

قال فى القواعد — عن الوجه بالقرعة — : يتعين العمل به ، فيما إذا أنكر الورثة العلم بالحال . ويشهد له نص الإمام أحمد — فى رواية حنبل ، وغيره — وذكره .

السادسة : لو ادعى كل واحد منهما : أنه السابق ، وقوت لأحدهما ، ثم فرق بينهما — وقلنا بوجوب المهر — وجب على المقر له دون صاحبه . لإقراره لها به .

وإقرارها ببراءة صاحبه

وإن ماتا : ورثت المقر له دون صاحبه بذلك .

وإن ماتت هى قبلهما : احتمل أن يرثها المقر له ، كما ترثه . واحتمل أن لا تقبل إقرارها له ، كما لا تقبله فى نفسها . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وإن لم يقر لأحدهما إلا بعد موته : فهو كما لو أقرت له فى حياته . وليس لورثة واحد منهما الإنكار لاستحقاقها .

وإن لم يقر لواحد منهما . أقرع بينهما . وكان لها ميراث من وقع القرعة عليه .

وإن كان أحدهما قد أصابها ، وكان هو المقر له ، أو كانت لم تقر لواحد منهما : فلها المسمى . لأنه مقر لها به . وهى لا تدعى سواه .

وإن كانت مقرة لآخر . فهى تدعى مهر المثل ، وهو يقر لها بالمسمى . فإن استويا ، أو اصطلحا : فلا كلام

وإن كان مهر المثل أكثر : حلف على الزائد وسقط .

وإن كان المسمى لها أكثر : فهو مقر لها بالزيادة ، وهى تنكرها . فلا تستحقها .

فائدة : قوله ﴿ وإذا زوج السيد عبده الصغير من أمته : جاز له أن يتولى طرفي العقد ﴾ بلا نزاع .

وكذا أيضاً : لو زوج بنته المجبرة عبده الصغير ، وقلنا : يصح وهو الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يصح تزويج عبده بابنته .

وكذا لو زوج وصي في نكاح صغير بصغيرة تحت حجره

وقيل : يختص الجواز بما إذا زوج عبده بأمته

قوله ﴿ وكذلك وليّ المرأة - مثل ابن العم والمولى والحاكم - إذا أذنت له في نكاحها ﴾ .

يعني : أنه يجوز له أن يتولى طرفي العقد وهذا المذهب

اختاره القاضي في المجرد ، والجامع الصغير ، والمصنف ، والشارح ، وابن عبدوس في تذكرته

وجزم به في العمدة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه في النظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع

وعنه : لا يجوز حتى يوكل غيره في أحد الطرفين بإذنها . قاله في المنور .

اختاره ابن حامد ، وأبو حفص العكبري ، وابن أبي موسى ، والقاضي في تعليقه ، والشريف ، وأبو الخطاب - في خلافيهما - وقدمه ابن عقيل في الفصول .

قال في المذهب : لم يصح في أصح الروايتين .

قال الزركشي هذه الرواية أشهرها وأصحها نص عليه في رواية جماعة من أصحابه وجزم به في المنور

وأطلقهما في الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة .

وقيل : يجوز تولي طرفيه لغير الزوج

وقيل لايجوز إلا إذا كان الولى هو الإمام . ذكره أبو حفص الدمشقى .

قال ابن عقيل : متى قصد لايصح من الولى تولى طرفى العقد : لم يصح عقد وكيله له ، إلا الإمام، إذا أراد أن يتزوج امرأة ليس لها ولى . فإنه يتزوجها ولاية أحد نوابه . لأنهم نواب عن المسلمين ، لا عنه انتهى .

وأطلق فى الترغيب روايتين فى تولى طرفيه . ثم قال ، وقيل تولى طرفيه يختص بالمحجر .

فائدتان

إحداهما : من صور تولى الطرفين : لو وكل الزوج الولى ، أو الولى الزوج . أو وكلا واحداً .

على المذهب ـ وهو جواز تولى الطرفين ـ يكفى قوله « زوجت فلانا فلانة » أو « تزوجتها » إن كان هو الزوج على الصحيح من المذهب

جزم به فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع ، والزركشى ، وقال : هو المشهور من الوجهين

وقيل : يعتبر إيجاب وقبول جزم به فى بلغة ، فيقول « زوجت نفسى فلانة » و « قبلت هذا النكاح » ونحوه . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

الثانية : لايجوز لولى المحجرة ـ كبنت عمه المجنونة ، وعتيقته المجنونة ـ نكاحها بلا ولى غيره ، أو حاكم . ذكره فى المحرر ، وغيره

قال الزركشى : لايجوز بلا نزاع .

وقال فى الرعاية : كبنت عمه المجنونة .

وقيل : وعتيقته المجنونة

قوله ﴿ وَإِذَا قَالَ السَّيِّدُ لِأَمَتِهِ : أَعْتَقْتُكِ وَجَعَلْتُ عِتْقَكِ صَدَاقَكِ : صَحَّ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه .

قال الزركشي : هذا المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله والمشهور عنه . رواه عنه اثنى عشر رجلاً من أصحابه منهم ابنه . عبد الله ، وصالح . ومنهم المَيموني ، والمَرُّوذي ، وابن القاسم ، وحرب .

وهو المختار لجمهور الأصحاب : الخرقي ، وأبو بكر ، والشريف أبو جعفر ، والقاضي في موضع

قال في التعليق : هو المشهور من قول الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب

وجزم به في الإرشاد ، والوجيز ، والعمدة ، والمنور ، وغيرهم

وقدمه في الهداية ، والمستوعب ، والمحرر ، والفروع ، والقواعد الفقهية ، والرعايتين ، والحاوي الصغير . وصححه في النظم وغيره .

وهو من مفردات المذهب

وعنه . لا يصح حتى يستأنف نكاحها بإذنها فإن أبت ذلك فعليها قيمتها .

اختاره ابن حامد ، والقاضي في خلافه ، وروايتيه ، وأبو الخطاب في كتبه الثلاثة ، وابن عقيل في الفصول ، وقال : إنه الأشبه بالمذهب

وصححه في المذهب ، والخلاصة

قال ابن رجب في قواعده : فمنهم من يأخذه انتفاء لفظ النكاح الصريح .

وهو ابن حامد ومنهم من يأخذه بتقدم الشرط

فعلى الرواية الثانية : يكون مهرها الرقيق

وقيل : بل مهر المثل ذكره في الرعاية .

فعلى المذهب : يصح عقد النكاح منه وحده

وقال ابن أبي موسى : إحدى الروايتين أنه يستأنف العقد عليها بإذنه دون

إذنها ورضاها لأن العقد وقع على هذا الشرط فيوكل من يعقد له النكاح بأمره.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وهو حسن.

وكلام الإمام أحمد رحمه الله في رواية المروذي يدل عليه لمن تأمله.

فوائد

الأولى: لهذه المسألة صور

منها: مذكورة المصنف هنا. ونقله صالح وغيره.

ومنها: لو قال «جعلت عتق أمتي صداقها» أو «جعلت صداق أمتي عتقها» أو «قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها» أو «أعتقتها على أن عتقها صداقها» أو «أعتقك على أن أتزوجك وعتقك صداقك» نص عليهما وهذا المذهب في ذلك كله. لكن يشترط أن يكون متصلاً بذلك نص عليه، وأن يكون بحضرة شاهدين، إن اشترطناهما

وقال ابن حامد: لا يصح ذلك إلا مع قوله أيضاً «وتزوجتها»

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يتوجه أن لا يصح العتق، إذا قال «جعلت عتقك صداقك» ثم تقبل لأن العتق لم يصر صداقاً وهو لم يوقع غير ذلك

ويتوجه أن لا يصح، وإن قبلت لأن هذا القبول لا يصير به العتق صداقاً لم يتحقق ما قال.

ويتوجه في قوله «قد أعتقتها، وجعلت عتقها صداقها» أنه إن قبلت صارت زوجة، وإلا عتقت مجاناً، أو لا تعتق بحال انتهى.

الثانية: قوله ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا: رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ قِيمَتِهَا﴾ بلا نزاع

وعلله الجماعة لكن إذا لم تكن قادرة فهل يسقط القدرة، أو يستمر؟

فيه روايتان منصوصتان

وأطلقهما فى الفروع ، وشرح ابن رزين .

قال القاضى ، والمصنف فى المغنى ، والشارح : أصلهما المفلس إذا كان له حرفة : هل يحجر على الاكتساب أو على الروايتين فيه .

وتقدم فى باب الحجر : أن الصحيح من المذهب : أنه يحجر . فيكون الصحيح هنا أنها تستسعى .

الثالثة : لو أعتقت المرأة عبدها على أن يتزوجها سؤاله أولاً : عتق مجاناً .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى الفصل الأول من كتاب الصداق .

وإن قال « أعتق عبدك عنى على أن أروجك امتى ، أو أمتى » ففعل : عتق . ولزمه قيمته . لأن الأموال لايستحق العقد عليها بالشرط .

قال القاضى ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح وغيرهم لأنه سلف فى نكاح .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يتوجه صحة السلف فى العقود ، كما يصح فى غيره ويصير العقد مستحقاً على المستسعف إن فعل ، وإلا قام الحاكم مقامه . ولأن هذا بمنزلة الهبة المشروط فيها الثواب

الرابعة : المكاتبة والمدبرة ، والمطلق بعضها . كالقن فى حمل عتقهن صداقهن

ذكره القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما من الأصحاب لأن أحكام الرق باقية فيهن كالقن .

وذكر أبو الحسين احتمالا فى المكاتبة أنه لايصح سواء أدتها .

قال العلامة ابن رجب وهو الصحيح لأن الإمام أحمد رحمه الله نص فى رواية مروذى : أنها لاتحجر على النكاح .

وأما المعتق بعضها : فصرح القاضى فى المجرد بأنها كالقن فى ذلك وتبعه ابن عقيل ، والحلوانى .

وأما أم الولد : فقطع القاضي في المجرد ، والجامع ، وابن عقيل والأكثرون أنها كالقن . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله تعالى في رواية الأثرم . فإنه قال ـ في رجل : يعتقها و يتزوجها ؟ ـ فقال : نعم يعتقها و يتزوجها لأن أحكامها أحكام الإماء .

وهذا العتق للعجز ليس هو المستحق بالموت .

ولهذا يصح كتابتها على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يصح جعل عتقها صداقها .

وصرح به القاضي على ظهر خلافه ، معللا بأن عتقها مستحق عليه فيكون الصداق هو تعجيله . وذلك لا يكون صداقا .

قال الخلال : قال هارون المستملي لأحمد : أم ولد أعتقت مولاها ، وأشهد على تزويجها ولم يعلمها ؟ قال : لا ، حتى يعلمها . قلت : فإن كان قد فعل ؟ قال : يستأنف التزويج الآن . وإلا فإنه لا تحل له حتى يعلمها فعلها لا تريد أن تتزوج وهي أملك بنفسها فيحتمل ذلك ، ويحتمل أنه أعتقها سحراً . ثم عقد عليها النكاح . وهو ظاهر لفظه .

الخامسة : قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لو أعتقها وزوجها لغيره ، وجعل عتقها صداقها . فقياس المذهب صحته ويحتمل أن يكون ذلك مخصوصاً بالسيد.

السادسة : قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لو قال « أعتقت أمتي وزوجتكها على ألف » فقياس المذهب : جوازه . فإنه مثل قوله « أعتقتها وأكريتها منك سنة بألف » وهذا نحرلة استئجار الخدمة

السابعة : قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : إذا قال « أعتقتك وتزوجتك على ألف » فيسعى أن يصح النكاح هنا ، إذا قيل به في إصداق العتق بطريق أولى . وعلله .

الثامنة : قال الأرجي في النهاية : إذا قال السيد لأمته « أعتقتك على أن تتزوجي بي » فقالت « رضيت بذلك » بعد العتق . ولم يلزمها الشرط ، بل هي بالخيار في الزواج وعدمه

وقال ابن عقيل يحتمل عندي أن يلزمها . والأول أصح .

التاسعة : قال القاضي : لو قال الأب ابتداء « زوجتك ابنتي على عتق أمتك » فقال « قبلت » لم يمتنع أن يصح .

قوله ﴿ الرَّابِعُ : الشَّهَادَةُ . فَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ﴾ .

احتياطاً للنسب ، خوف الإنكار . وهذا المذهب وعليه الأصحاب .

وعنه : أن الشهادة ليست من شروط النكاح . ذكره أبو بكر في المقنع وجماعة . وأطلقهما أكثرهم

وفيد المجد وجماعة من الأصحاب محل إذا لم يكتموه فمع الكتم تشترط الشهادة رواية واحدة . وذكره بعضهم إجماعاً .

وقال الزركشي : وهو — والله أعلم — من تصرف المجد ولذلك حمله ابن حمدان قولا . انتهى .

قوله ﴿ عَدْلَيْنِ ذَكَرَيْنِ بَالِغَيْنِ عَاقِلَيْنِ ، وَإِنْ كَانَا ضَرِيرَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب وعليه الأصحاب وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وعنه : ينعقد بحضور فاسقين ، ورجل وامرأتين ، ومراهقين عاقلين

قال في الفروع : وأسقط رواية الفسق أكثرهم .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : هي ظاهر كلام الخرقي .

وأحمد في الانتصار من رواية مثنى

وقد سئل الإمام أحمد رحمه الله : إذا تزوج بولي وشهود غير عدول - يفسد من النكاح شيء ؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء .

وقيل : ينعقد بحضور كافرين ، مع كفر الزوجة ، وقبول شهادة بعضهم على بعض . ويأتي نحوه قريباً .

وأطلق الروايتين في الشرح .

تنبيه : يحتمل أن يريد المصنف بقوله « عدلين » ظاهراً وباطناً . وهو أحد الوجهين ، واحتمال في التعليق للقاضي . وقدمه في الرعايتين

ويحتمل أن يريد عدلين ظاهراً لا باطناً فيصح بحضور مستوري الحال . وإن لم يعلمها في الأصول . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الزركشي : وهو المشهور من الوجهين

قال ابن رزين : ويصح من مستوري الحال رواية واحدة . لأن الأصل العدالة . وصححه في الخلاصة .

وجزم به القاضي في المجرد ، والتعليق في جامعه ، والشيرازي ، وابن البنا ، وابن عقيل - حاكياً له عن الأصحاب - والمصنف في الكافي ، والمغني ، والشارح ، وغيرهم

وقدمه في المستوعب ، والفروع

وأطلقهما في المحرر ، والنظم ، والحاوي الصغير

وقيل : يكفي مستوري الحال إن ثبت النكاح بهما

وقال في المنتخب : يثبت بهما مع عذر متقدم

وقال في الترغيب : لو تابا في مجلس العقد ، فكمستوري الحال على مذهب - لو عقد بمستوري الحال . ثم تبين بعد العقد أنهما كانا فاسقين حالة العقد ، فقال القاضي ، وابن عقيل - تبين أن النكاح لم ينعقد

وقال المصنف ، والشارح : ينعقد : لوجود شرط النكاح ظاهراً

قال ابن السا : ولا يكفي في إثبات العقد عند الحاكم إلا من عرفت عدالته ظاهراً وباطناً . انتهى .

وهو صحيح . بناء على اشتراط ذلك في الشهادة .

قوله ﴿ وَلاَ يَنْعَقِدُ نِكَاحُ مُسْلِمٍ بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ ﴾ .

هذا المذهب المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، المشهور عند الأصحاب. واختاره جماهيرهم .

ويتخرج أن ينعقد إذا كانت المرأة ذمية . وهو لأبي الخطاب .

قال في الرعاية : وفيه بعد .

وهو مخرج من رواية قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، على ما مأتي .

قال ابن رزين : وإن قلنا . تقبل شهادة بعضهم على بعض ، صح النكاح بشهادة ذميين إذا كانت المرأة ذمية .

قوله ﴿ وَهَلْ يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ عَدُوَّيْنِ ، أَوِ ابْنَيِ الزَّوْجَيْنِ ، أَوْ أَحَدِهِمَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والكافي ، والمغني ، والهادي ، والبلغة ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، وشرح ابن رزين ، وابن منجا ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والزركشي ، والفروع ، وغيرهم .

أحدهما : ينعقد بحضور عدوين . وهو المذهب اختاره ابن بطة ، وابن عبدوس في تذكرته وصححه في التصحيح .

وجزم به في الوجيز ، ومنتخب الأدمي .

قال في تجريد العناية : لا ينعقد في رواية .

والوجه الثاني : لا ينعقد بحضور عدوين .

وأما عدم انعقاده بحضور ابني الزوجين ، أو أحدهما . فهو المذهب . صححه في التصحيح وجزم به في الوجيز .

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم ، في كتاب الشهادات .

وصححه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، وغيرهم هناك

والوجه الثاني : ينعقد بهما و بأحدهما . اختاره ابن بطة ، وابن عبدوس في تذكرته والآدمي في منتخبه .

قال في تجريد العناية : لا ينعقد في رواية .

قال في الفروع وفي شهادة عدوي الزوجين ، أو أحدهما ، أو الولي : وجهان .

وفي متهم برحم : روايتان

وقال في الرعاية : وفي عدوي الزوج ، أو الزوجة ، أو عدوهما ، أو عدوي الولي ، أو ابني الزوجين ، أو ابني أحدهما ، أو أبويهما ، أو أبوي أحدهما ، أو عدوهما وأحمى ، وكل ذي رحم محرم من أحد زوجين ، أو من الولي .

وقيل : في العدوين ، وابني زوجين ، أو أحدهما روايتان انتهى .

قوله (الخامس : كون الرجل كفؤا لها في إحدى الروايتين) .

وأطلقهما في الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص ، والشرح .

إحداهما : هي شرط صحة النكاح وهي المذهب عند أكثر المتقدمين .

قال الزركشي هذا المنصوص المشهور ، و اختار لعامة الأصحاب من الروايتين وصححه في المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة .

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب . وقطع به الخرقي .

وقدمه في الهدى ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : ليست بشرط ـ يعنى للصحة ـ بل شرط فى اللزوم .

قال المصنف هنا : وهى أصح . وهو المذهب عند أكثر المتأخرين .

واختاره أبو الخطاب ـ فى خلافه ـ والمصنف ، وابن عبدوس فى تذكرته .

وصححه فى النظم

وجزم به فى العمدة ، والوجيز ، والمنور

قال فى الرعايتين : وهى أولى . للآثار . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

قلت : وهو الصواب الذى لا يعدل عنه .

فعلى الأولى : الكفاءة حق لله تعالى وللمرأة والأولياء ، حتى من يحدث

وعلى الثانية : حق للمرأة والأولياء فقط .

قوله ﴿ لَكِنْ إِنْ لَمْ تَرْضَ الْمَرْأَةُ وَالأَوْلِيَاءُ جَمِيعُهُمْ ، فَلَهُنَّ لَمْ يَرْضَ الْفَسْخُ فَلَوْ زَوَّجَ الأَبُ بِغَيْرِ كُفْءٍ بِرِضَاهَا . فَلِلإِخْوَةِ الْفَسْخُ ﴾ .

هذا كله مفرع على الرواية الثانية وهو الصحيح . نص عليه

وجزم به القاضى فى الجامع الكبير ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وناظم المفردات

وصححه فى النظم ، وغيره وقدمه فى الفروع

قال الزركشى : هذا الأشهر .

وهو من مفردات المذهب

وعنه : لا يملك إلا بعد الفسخ ، مع رضى المرأة والأولياء

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

فعلى الأول : له الفسخ فى الحال ومتراخيا ذكره القاضى وغيره

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يعني أن يكون على التراخي . في ظاهر المذهب . لأنه خيار لنقص في المعقود عليه .

فعلى هذا يسقط خيارها بما يدل على الرضى من قول أو فعل . وأما الأولياء : فلا يثبت إلا بالقول .

فائدة : قال الزركشي : لو عقده بعضهم . ولم يرض الباقون : فهل يقع العقد باطلا من أصله ، أو صحيحاً ؟ على روايتين . حكاهما القاضي في الجامع الكبير . شهرها الصحة

قلت وهو ظاهر كلام المصنف هنا من قوله « فلمن لم يرض الفسخ » ولا يكون الفسخ إلا بعد لانعقاد . وهو ظاهر كلام غيره أيضاً

وقال الزركشي ، في موضع آخر : إذا زوجها الأب بغير كفء — وقلنا : الكفء ليس بشرط — في بطلان النكاح روايتان : البطلان — كنكاح المحرمة والمعتدة — والصحة ، كتخلف الركن

وقيل : بني على عقد الكفاءة . لم يصح ، وإلا صح

وقيل : يصح إن كانت الزوجة كبيرة ، لاستدراك الضرر .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : طريقة المجد في المحرر : أن الصفات الخمس معتبرة في الكفاءة قولا واحداً ثم هل تبطل النكاح فقدها أو لا تبطله ، لكن يثبت الفسخ ، أو يبطله فقد الدين والمنصب ، ويثبت الفسخ فقد الثلاثة ؟ على ثلاث روايات وهي طريقته . انتهى

قوله (والكفاءة : الدين والمنصب)

هي الأغير وهذا إحدى الروايتين جزم به الخرقي ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وغيرهم

واختاره ابن أبي موسى ، وغيره

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وعنه ، أن الحرية والصنعة واليسار من شروط الكفاءة أيضاً وهو المذهب اختاره القاضي في تعليقه ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب في خلافيهما .

وقدمه في المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والفروع .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والملخص ، والشرح ، والنظم .

وذكر القاضي في المجرد : أن فقد الثلاثة لا يبطل النكاح قولا واحداً .

وأما فقد الدين ، والمنصب ، فقيل : يبطل . روايه واحدة

وقيل : فيه روايتان وقيل : المبطل فقد المنصب . ذكره ابن حطيب السلامية في نكته .

قال ابن عقيل : الذي يقوى عندي - وهو الصحيح - أن فقد شرط واحد يبطل وهو النسب وما عدا ذلك لا يبطل النكاح

واختار المصنف ، والشارح : أن « الحرية » من شروط الكفاءة .

واختار الشيرازي : أن « اليسار » من شروط الكفاءة

وقال الشيخ تقي الدين : لم أجد نصا عن الإمام أحمد رحمه الله ببطلان النكاح لفقر أو رق . ولم أجد أيضاً عنه نصاً باقرار النكاح مع عدم الدين والمنصب ، خلافاً واختار أن النسب لا اعتبار به في الكفاءة

وذكر ابن أبي موسى عن الإمام أحمد رحمه الله مايدل عليه

واستدل الشيخ تقي الدين رحمه الله ، بقوله تعالى (٤٩ : ١٣ يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى . وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم . إن الله عليم خبير) .

وقيل النكاءة النسب فقط وهو توجيه للقاضي في المجرد

وقال بعض المتأخرين من الأصحاب . إذا قلنا النكاءة حق لله تعالى : اعتبر « الدين » فقط ، قال : وكلام الأصحاب فيه تساهل ، وعدم تحقيق .

قال في الفروع : كذا قال .

قلت : هذا كلام ساقط . ولا يفهم معنى كلام الأصحاب .

فائدتان

إحداهما : « المنصب » هو النسب . وأما « اليسار » فهو بحسب ما يليق بالمرأة وقيل : تساويهما فيه .

قال الزركشي : معنى الكفاءة في المال : أن يكون قادرا المهر والنفقة .

قال القاضي ، وأبو محمد في المعنى : لأنه الذي يحتاج إليه في النكاح .

ولم يعتبر في الكفاءة إلا « النفقة » فقط .

واعتبر ابن عقيل : أن يكون بحيث لا يعير بمثلها عادتها عند أبيها وبنته .

الثانية : لا تعتبر هذه الصفات في المرأة . ليست الكفاءة شرطا في حقها للرجل .

وفي الانتصار احتمال : يعتبر عتق تحته أمة

وفي الواضح احتمال : يبطل النكاح عتق زوج لدى تحته أمة . بناء على الرواية فيما إذا استغنى عن نكاح الأمة بحرة . فإنه يبطل .

وسيأتي ذلك في أوائل الفصل الثالث من باب الشروط في النكاح

قوله ﴿ والعربُ بعضُهم لبعضٍ أكفاء ﴾

هذا المذهب صححه المصنف ، والشارح والناظم ، وغيرهم

وجزم به في العمدة ، والوجيز وغيرها . وقدمه في المحرر ، والفروع ، وغيرها .

وعنه ﴿ لا تزوج قرشية بغير قرشي ، ولا هاشمية بغير هاشمي ﴾ .

قدمه في الهداية والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

قال في الفروع : هذه الرواية مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه

وردد الشيخ تقي الدين . عفا الله عنه الرواية ، وقال : ليس في كلام الإمام

أحمد رضي الله عنه مايدل عليها . وإنما المنصوص عنه في رواية الجماعة : أن قريشاً بعضُهم لبعض أكفاء ، قال : وذكر ذلك ابن أبي موسى ، والقاضي — في خلافه وروايتيه — وصححها فيه .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله أيضاً : ومن قال « إن الهاشمية لاتزوج بغير هاشمي » بمعنى أنه لا يجوز ذلك ، فهذا مارق من دين الإسلام إذ قصة تزويج الهاشميات — من بنات النبي صلى الله عليه وسلم — وغيرهن بغير الهاشميين : ثابت في السنة ثبوتاً لا يخفى فلا يجوز أن يحكى هذا خلافاً في مذهب الإمام أحمد رضي الله عنه . وليس في لفظه ما يدل عليه . انتهى .

وعنه : ليس ولد الزنا كفؤاً لذات نسب ، كعربية واقتصر عليه الزركشي وأضافه إلى المصنف

فائدة : ليس مولى القوم كفؤاً لهم على الصحيح من مذهب اختاره القاضي في الروايتين ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وعنه : أنه كفء لهم وأطلقهما الزركشي .

تنبيه : قوله — على رواية أنَّ الحُرِّيَّةَ مِنْ شُرُوطِ الكفاءة — ﴿ لَا تُزَوَّجُ حُرَّةٌ بِعَبْدٍ ﴾

قال الزركشي ، قلت : ولا لمن بعضه رقيق انتهى

فلو وجدت الكفاءة في النكاح حال العقد — بأن يقول سيد العبد بعد إيجاب النكاح له « قبلت له هذا النكاح وأعتقته » — فقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : قياس المذهب صحته .

قال : ويتخرج فيه وجه آخر بمنعها

ورأى ما يتعلق بذلك عند قوله « إذا عتقت الأمة وزوجها حر »

أما إن كان قد مسه رق ، أو أباه ، فالصحيح من مذهب : جواز تزويجه بحرة الأصل اختاره ابن أبي موسى ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم

وهو ظاهر كلام أبي الخطاب في الانتصار وقدمه في الفروع .

وقال في الرعاية : فلا تزوج به في رواية انتهى .

وعنه : لا تزوج به . اختاره ابن عقيل

فائدة : ﴿ التَّانِئُ ﴾ في قوله ﴿ ولا بِنْتُ تانِئٍ[1] ﴾ .

هو صاحب العقار .

وقيل : الكثير المال . قاله الزركشي و « البزّار » بياع البزّ

تنبيه ظاهر قوله ـ على رواية أنَّ الحُرِّيَّةَ ، والصِّناعةَ ، واليَسارِ مِنْ شُرُوطِ الكَفاءةِ ـ ﴿ فلا تُزَوِّجُ حُرَّةٌ بِعَبْدٍ ، ولا بِنْتُ بَزَّارٍ بِحَجَّامٍ ، وَلَا بِنْتُ تانِئٍ بِحائِكٍ ، ولا مُوسِرَةٌ بِمُعْسِرٍ ﴾ .

أنه يشمل كل صناعة رديئة . وهو قول القاضي في الجامع ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وجزم به في الرعاية . ومال إليه الزركشي .

واقتصر بعضهم على هذه الثلاثة .

وقيل : نساج كحائك .

فائدة : لو زالت البكارة المذكورة بعد العقد : فلها الفسخ . على الصحيح من المذهب .

قدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وصححه في النظم ، وغيره كعنقها تحت عبد .

---

(١) تنا بالبلد يتنأ ـ مهموزاً بفتحهما ـ تنوءاً : أقام به واستوطنه وتنأتنوءاً أيضاً استغنى وكثر ماله فهو تانئ . والجمع تناء مثل كافر وكفار والاسم « التناءة » بالكسر والمد

وقيل : ليس لها الفسخ ، كطَوْل حرة من نكاح أمة ، وكونها .

وفيه خلاف فى الانتصار .

قال الزركشى : يسرى لأبى الخطاب : أن للولى الفسخ أيضاً .

ويحتمله كلام شيخه فى التعليق .

وقدم فى الانتصار : أن منع الولى مَنْ ولد من الأولياء فى ذلك . وأنه إن طرأ نسب فاستلحق شريف مجهولة ، أو طرأ صلاح : فاحتمالان

وتقدم عند قوله « وإذن البيب الكلام » : « لايشترط الإشهاد على إذنها ولا الشهادة بخلوها من الموانع »

باب المحرمات فى النكاح

فائدة : قوله ﴿ وَالْبَنَاتُ مِنْ حَلَالٍ أَوْ حَرَامٍ ﴾ .

وكذا ابنته المنفية بلعان ، ومن شُبهة .

ويكفى فى التحريم : أن يعلم أنها بنته ظاهراً ، وإن كان النسب لغيره . قاله القاضى فى التعليق .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى استدلاله : أن الشبهة كافٍ فى ذلك . قاله الزركشى .

تنبيهات

الأول : شمل قوله ﴿ وَالعَمَّاتُ ﴾ .

عمة أبيه وأمه . لدخولها فى عماته ، وعمة العم لأب . لأنها عمة أبيه . لا عمة العم لأم . لأنها أجنبية منه .

وتحرم خالة عمه لأم . ولا تحرم خالة العمة لأب . لأنها أجنبية .

وتحرم عمة خالة لأب . لأنها عمة لأم . ولا تحرم عمة الخالة لأم . لأنها أجنبية .

الثانى : قوله ﴿ القِسْمُ الثَّانِى : المُحَرَّمَاتُ بِالرَّضَاعِ . وَيَحْرُمُ بِهِ مَا يَحْرُمُ بِالنَّسَبِ سَوَاءٌ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب

قال ابن البنا — فى خصاله — والوجيز ، وغيرهم : إلا أم أخيه ، وأخت ابنه . فإنهما يحرمان من النسب ، ولا يحرمان بالرضاع . وقاله الأصحاب

لكن أم أخيه إنما حرمت من غير الرضاع ، من جهة أخرى . لكونها زوجة أبيه . وذلك من جهة تحريم المصاهرة ، لا من جهة تحريم النسب .

وكذلك أخت ابنه إنما حرمت لكونها ربيبة . فلا حاجة إلى استثنائها .

وقد قال الزركشي ، وغيره من الأصحاب : والصواب عند الجمهور : عدم استثنائهما

وقال في القاعدة الثانية والخمسين بعد المائة : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله : أنه لا يثبت به تحريم المصاهرة . فلا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وبنتها من الرضاع . ولا على المرأة نكاح أبي زوجها وابنه من الرضاع .

وقال الإمام أحمد رحمه الله في رواية ابن بدينا - في حليلة الابن من الرضاع - لا يعجبني أن تتزوجها . يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

وليس على هذا الضابط إيراد صحيح ، سوى المرضعة على الزوج

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، في رواية ابنه عبد الله : أنها محرمة ، كالبنت من الزنا . فلا إيراد إذن انتهى

الثالث : قوله ﴿ القِسْمُ الثَّالِثُ : الْمُحَرَّمَاتُ بِالْمُصَاهَرَةِ وَهُنَّ أَرْبَعٌ : أُمَّهَاتُ نِسَائِهِ . فَيَحْرُمْنَ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ عَلَى البِنْتِ ﴾ .

على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب قاطبة .

وعنه أمهات النساء كالربائب ، لا يحرمن إلا بالدخول بناتهن ذكرها الزركشي .

الرابع دخل في قوله ﴿ وَحَلَائِلُ آبَائِهِ ﴾ .

كل من تزوجها أبوه ، أو جده لأبيه أو لأمه ، من نسب أو رضاع ، وإن علا ، سواء دخل بها أو لم يدخل صغيرة أو مات عنها ، أو افترقا بغير ذلك

ودخل في قوله ﴿ وأبنائه ﴾ يعني وحلائل أبنائه . كل من تزوجها أحد من

أولاده ، أو أولاد أولاده وإن نزلوا ، سواء كانوا من أولاد البنين أو البنات ، من نسب أو رضاع

الخامس : ظاهر قوله ﴿ والرَّبائِبُ . وَهُنَّ بَناتُ نِسائِهِ اللاَّتِي دَخَلَ بِهِنَّ ﴾ .

أنه سواء كانت « الربيبة » في حجره أو لا . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : لا تحرم إلا إذا كانت في حجره .

اختاره ابن عقيل . وهو ظاهر القرآن .

فائدة : يحرم عليه بنت ابن زوجته . نقله صالح وغيره

وذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله : أنه لا يعلم فيه نزاعاً

ذكره في القاعدة الثانية والخمسين بعد المائة

ولا تحرم زوجة ربيبه . ذكره القاضي في المجرد ، وابن عقيل في الفنون .

ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله في رواية ابن مشيش

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لا أعلم فيه نزاعاً .

وتباح للمرأة ابن زوجة ابنها ، وابن زوج ابنتها ، وابن زوج أمها ، وزوج زوجة أبيها ، وزوج زوجة ابنها . ذكره في الرعايتين ، والوجيز .

قوله ﴿ فإنْ مُتْنَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَهَلْ تَحْرُمُ بَناتُهُنَّ ؟ عَلَى رِوايَتَيْنِ ﴾

متى . إذا ماتت المعقود عليها قبل الدخول ، وهما بنت . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة

إحداهما : لا يحرمن . وهو المذهب . صححه في التصحيح .

واختاره ابن عبدوس في تذكرته .

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم

واختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما وحكاه ابن المنذر إجماعاً .

والرواية الثانية : يحرمن . اختاره أبو بكر فى المقنع

فائدتان

إحداهما : مثل ذلك فى الحكم : لو أسلما بعد الخلوة وقبل الدخول ، حلافاً ومذهباً فإنه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والوجيز ، وغيرهم

قال الزركشى : إذا طلق بعد الخلوة وقبل الوطء : فروايتان أصحهما ـ وهو الذى قطع به القاضى فى الجامع الكبير ، وفى موضع فى الخصال ، وابن البنا ، والشيرازى ـ : ثبوت حكم الزنا

والثانية ـ وهى اختيار أبى محمد ، وابن عقيل ، والقاضى فى المجرد ، وفى الجامع فى موضع ـ : لا يثبت .

وقدم فى المغنى : أنها لا تحرم وصححه فى موضع آخر

قلت : وصححه فى المستوعب ، والشرح ، وكتاب الصداق . وهو المذهب .

الثانية : قطع المصنف ، وغيره من الأصحاب ـ فى العاشرة وبطر الفرج ـ بعدم التحريم

قال الزركشى : وقد يقال : بعدم التحريم ، بناء على تقرر الصداق .

وأنى أيضاً : التنبيه على الخلوة فيما يقرر الصداق فى بابه .

ولا يثبت التحريم باستدخال ماء الرجل . نص عليه فى التعليق فى اللعان .

قوله ﴿ وَيَثْبُتُ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ بِالْوَطْءِ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ ﴾

أما ثبوت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال فبإجماع .

و ثبت بوطء الشبهة . على الصحيح من المذهب .

حرم به فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم

وحكاه ابن المنذر إجماعا . وقدمه فى الفروع .

وقيل لايثبت وأطلقهما فى المذهب

وحكاية هذا الوجه منه عجيب فإنه حرم بأن الوطء فى الزنا : كالنكاح الصحيح . وأطلق وجهين فى الوطء بشبهة .

فائدة ظاهر كلام الخرقى : أن وطء الشبهة ليس بحلال ولا حرام . فقال : وطء الحرام محرّم ، كما يُحرم وطء الحلال والشبهة .

وصرح القاضى فى تعليقه : أنه حرام .

وأما ثبوته بالوطء الحرام : فهو المذهب نص عليه فى رواية جماعة

وذكر القاضى فى الخلاف ، وأبو الخطاب فى الانتصار . أنه يثبت تحريم المصاهرة بوطء الدبر بالاتفاق .

حرم به فى الهداية ، والخلاصة ، والمستوعب ، والمغنى ، والترغيب ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى المذهب : إذا وطىء امرأة لزنا : كان كالوطء فى النكاح .

وقيل : لايثبت تحريم المصاهرة بوطء الدبر .

ونقل بشر بن محمد : لاتحرمه .

ونقل الميمونى إنما حرم الله بالحلال ، على ظاهر الآية . والحرام مباين للحلال

وقال الشيخ تقى الدين : الوطء الحرام لا يثبت تحريم المصاهرة .

واعتبر فى موضع آخر : النوبة ، حتى فى اللواط . وحرم بنته من الزنا . وقال إن وطء ابنه غلطا : لاتحرم ، لكونه لم تتحدها روحة ، ولم يعلق نكاحها .

تنبيه : شمل قوله ﴿ الحرام ﴾

الوطء فى قبلها ودبرها وهو كذلك قاله الأصحاب ، كما تقدم .

وو رطء امرأة : حرمت على أبيه وابنه ، وحرمت عليه أمها وابنتها ، كوطء الحلال والشبهة

ووطء أم امرأته ، أو بنتها : حرمت عليه مرأته نص عليه وسكن لانتفت محرمية ، ولا إباحة النظر .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَتِ الْمَوْطُوأَةُ مَيِّتَةً ، أَوْ صَغِيرَةً ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والكافى ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وتجريد العناية

أحدهما : لايثبت التحريم بذلك . وهو المذهب

اختاره ابن عبدوس فى تذكرته وصححه فى التصحيح

وجزم به فى الوجيز وغيره

وقدمه ابن رزين فى شرحه

وقاله القاضى فى خلافه ، فى وطء الصغيرة ، وقال : هو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله . وصححه الزركشى : فى الصغيرة .

والوجه الثانى . ثبت به التحريم وقاله القاضى فى الجامع فى الصغيرة

وهو ظاهر ماجزم به فى المغنى فيها

تنبيه : مراده بالصغيرة الصغيرة التى لاتوطأ مثلها وقاله الأصحاب .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاشَرَ امْرَأَةً ، أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا ، أَوْ خَلَا بِهَا بِشَهْوَةٍ ﴾ يعنى : فى الحرام ، أو لمسها بشهوة ﴿ فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير والفروع .

وأطلقهما في المغني، والشرح، فيما إذا باشر الأمة بشهوة، أو نظر إلى فرجها بشهوة.

وأطلقهما في الكافي في القبلة، واللمس بشهوة، والنظر إلى الفرج

وقطع في المغني، والشرح، بعدم التحريم فيما إذا باشر حرة.

وقالا: وذكر أصحابنا في جميع الصور: الروايتين من غير تفصيل.

والتفصيل أقرب إلى الصواب، إن شاء الله تعالى.

إحداهما: لا ينشر الحرمة. وهو المذهب.

قال في المذهب، ومسبوك الذهب: لم ينشر في أصح الروايتين

وصححه في التصحيح، والزركشي: وجزم به في الوجيز

وقال المصنف، والشارح: والصحيح أن الخلوة بالمرأة لا تنشر الحرمة

والرواية الثانية: تنتشر الحرمة بذلك.

تنبيه: مفهوم قوله «أو نظر إلى فرجها» أنه لو نظر إلى غيره من بدنها لشهوة لا ينشر الحرمة. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

وعنه: ينشر. ذكره أبو الحسين. ونقله الميموني، وابن هانئ.

قال المصنف، والشارح: وقال بعض أصحابنا: لا فرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة

والصحيح: خلاف ذلك. ثم قالا: لا خلاف نعلمه في أن النظر إلى الوجه لا يثبت الحرمة

فائدة: حكم مباشرة المرأة للرجل، أو نظرها إلى فرجه، أو خلوتها به بشهوة حكم الرجل على ما تقدم. خلافاً ومذهباً

قوله ﴿وَإِنْ تَلَوَّطَ بِغُلَامٍ حَرُمَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُمُّ الآخَرِ وَبِنْتُهُ﴾

يعنى : أنه يحرم باللواط مايحرم بوطء المرأة وهذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الهداية ، والمستوعب : هذا قول أصحابنا

وجزم به فى الوجيز . وغيره

وقدمه فى المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وشرح ابن رزين

وهو من مفردات المذهب

وعند أبى الخطاب : هو كالوطء دون الفرج — يعنى - كالمباشرة دون الفرج — على ما تقدم من الخلاف .

قال المصنف ، والشارح - وهو الصحيح .

قال فى الفروع : اختاره جماعة

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله فى مسألة اللوط : أن الفاعل لا يتزوج بنت المفعول فيه ولا أمه .

قال : وهو قياس جيد .

قال : فأما تزوج المفعول فيه بأم الفاعل : ففيه نظر . ولم ينص عليه

قال ابن رزين فى شرحه ، وقيل : لاتنشر الحرمة أصلا وهو أشبه . انتهى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف . أن دواعى اللواط ليست كاللواط . وهو صحيح وهو المذهب . قدمه فى الفروع .

وذكر ابن عقيل ، وابن البنا : أنه كاللواط . وأطلقهما فى الرعاية

فائدة : السحاق بين النساء لا ينشر الحرمة . ذكره ابن عقيل فى مفرداته بحل وعقد .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله - قياس المنصوص فى اللواط . أنه يخرج على الروايتين فى مباشرة الرجل الرجل لشهوة .

قوله ﴿ القِسْمُ الرَّابِعُ : المُلاعِنَةُ تَحْرُمُ عَلَى المُلاعِنِ عَلَى التَّأْبِيدِ ، إلَّا أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ فَهَلْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب

إحداهما : لا تحل ، بل تحرم على التأبيد ، وهو المذهب .

نقلها الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله ، وعليه جماهير الأصحاب

وصححه في التصحيح ، والخلاصة .

وجزم به في الوجيز ، وغيره ، وقدمه المصنف — في هذا الكتاب — في باب اللعان .

قال الشارح : مشهور في المذهب أنها باقية على التحريم المؤبد ، والعمل عليه

وقدمه في المحرر ، والنظم والرعايتين ، والحاوي الصغير في باب اللعان

وقدمه في الفروع أيضاً

والرواية الثانية : تباح له ، قاله ابن رزين ، وهو أظهر .

قال الشارح — وهنا — في باب اللعان : وهذه الرواية شذ بها حنبل عن أصحابه

قال أبو بكر : لا نعلم أحداً رواها غيره .

قال المصنف : ينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرق الحاكم بينهما .

فأما إن فرق بينهما ، فلا وجه لبقاء النكاح بحاله ، انتهى .

وعنه : تباح بنكاح جديد ، أو ملك يمين ، إن كانت أمة .

ويأتي هذا في اللعان أيضاً مستوفى ، فليراجع .

فعلى المذهب : لو وقع اللعان بعد البينونة ، أو في نكاح فاسد ، فهل يفيد التحريم المؤبد أم لا ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم ، ذكروه في اللعان .

أحدهما : تحرم أيضاً على التأبيد ، وهو الصحيح ، قدمه في الكافي .

والوجه الثاني : لا يتأبد التحريم في المسألتين . قدمه ابن رزين في شرحه .

فائدة : ذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله — في كتاب التحليل — أن الرجل إذا قتل رجلاً ليتزوج امرأته : أنها لا تحل له أبداً .

وسئل عن رجل حثت امرأة على زوجها حتى طلقت ، ثم تزوجها ؟

أجاب : يعاقب مثل هذا عقوبة بليغة . والنكاح باطل في أحد قولي العلماء في مذهب الإمام مالك والإمام أحمد وغيرهما رحمهم الله . ويجب التفريق فيه .

فوائد

إحداها : إذا فسخ الحاكم نكاحه لعنة ، أو عيب فيه يوجب الفسخ : لم تحرم على التأبيد على الصحيح من المذهب وهو ظاهر كلام الأصحاب

وقدمه في الفروع . ذكره في باب العيوب .

وعنه : تحرم على التأبيد ، كاللعان

الثانية . قوله ﴿ فَيَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا ، أَوْ خَالَتِهَا ﴾ .

بلا نزاع وسواء كانت العمة والخالة حقيقة أو مجازاً كعمات آبائهما وخالاتهما ، وعمات أمهاتهما وخالاتهن ، وإن علت درجتهن ، ولو رضعتا ، من نسب أو رضاع .

وخالف الشيخ تقي الدين رحمه الله في الرضاع فلم يحرم الجمع مع الرضاع

فعلى المذهب : كل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر — لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى ، لأجل القرابة — لا يجوز الجمع بينهما قاله الأصحاب

قال الإمام أحمد رحمه الله : خال ابنها بمنزلة خالها .

وكذا يحرم عليه الجمع بين عمة وخالة ، بأن ينكح امرأة وينكح ابنة أمها فيولد لكل واحد منهما بنت .

ويحرم أيضاً الجمع بين خالتين ، بأن تنكح كل واحد منهما أم الآخر فتولد لكل واحد منهما بنت

ويحرم أيضاً الجمع بين عمتين ، بأن تنكح كل واحد منهما أو الآخر فيولد لكل واحد منهما بنت .

الثالثة : لا يكره الجمع بين بنتي عميه أو عمته ، أو بنتي خاليه أو خالته ، أو بنت عمه وبنت عمته . على الصحيح من المذهب

حرم به في المستوعب ، والوجيز وغيرهما .

وقدمه في الرعاية وغيرها .

كما لا يكره جمعه بين من كانت زوجة رجل وبنته من غيرها .

وعنه : يكره حرم به في الكافي فيكون هذا المذهب .

وأطلقهما في الملخص ، والشرح ، والفروع ، والزركشي

وحرمه في الروضة قال : لأنه لا نص فيه ، ولكن يكره قياساً

يعني : على الأختين قاله في الفروع

الرابعة : لو تزوج أخت زيد من أبيه وأخته من أمه في عقد واحد . صح ، ذكره في الرعاية وغيره

الخامسة : لو كان لكل رجل بنت ، ووطئ أمه ، وألحق ولدها بهما ، فتزوج رجل بالأمه وولديها : فقد تزوج أم رجل وأخته . ذكره ابن عقيل . واقتصر عليه في الفروع .

قلت : فيعايى بها ، وقد نظمها بعضهم لغزاً

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدٍ لَمْ يَصِحَّ ﴾

وكذا لو تزوج خمساً في عقد واحد . وهذا المذهب فيهما وعليه الأصحاب .

ونص عليه في رواية صالح ، وأبي الحارث

ولكن نقل ابن منصور : إذا تزوج أختين في عقد ، يختار إحداهما

وتأوله القاضي على أنه يختارها بعقد مستأنف

وقال في آخر الفوائد : وهو بعيد . وخرج قولاً بالاقتراع .

قوله ﴿ وإنْ تزوَّجهما في عقْدَيْن ، أوْ تزوَّجَ إحْداهُما في عدَّةِ الأُخْرَى سواءٌ كانتْ بائناً أوْ رجْعيَّة : فنِكاحُ الثَّانيةِ باطِلٌ ﴾ .

يعني : إذا كان يحرم الجمع بينهما . وهذا بلا نزاع

لكن لو عُلمت الأولى فسخ على الصحيح من المذهب .

وحرم به في المغني والشرح ، وذكره عن عندوس . وقيلا : بطلا .

قال ابن أبي موسى : الصحيح بطلان النكاحين .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : يقرع بينهما . فمن خرجت لها القرعة فهي الأولى

قال في الرعاية — من عنده — قلت : فمن قرعت حدد عقدها بإثرها

على المذهب : يلزم أحدهما نصف المهر ، يقترعان عليه . على الصحيح من المذهب . قدمه في المغني ، والشرح ، والفروع وغيرهم .

وذكر ابن عقيل رواية : لا يلزمه . لأنه مكره .

واختاره أبو بكر . فقال : أحتاط لي أن يسقط المهر ، إذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول .

قلت : على الأول : يعاني منها ، إذا أجبر على الطلاق .

قوله ﴿ وإنِ اشْتَراهُنَّ في عقْدٍ واحِدٍ : صحَّ ﴾

يعني لو اشترى أختين ، أو مرأة وعمتها أو خالتها في عقد واحد : صح

قوله ﴿ فإنْ وطِيءَ إحْداهُما : لمْ يحِلَّ لهُ الأُخْرَى حتَّى يُحرِّمَ على نفْسِه الأُولى ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب

وعنه : ليس بحرام ، ولكن ينهى عنه

أثبتها القاضي ، وجماعة من أصحابه ، والمصنف ، والمجد ، وابن حمدان ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

ومنع الشيخ تقي الدين ـ رحمه الله ـ أن يكون في المسألة رواية بالكراهة ، وقال : من قال ـ عن أحمد رحمه الله ـ إنه قال « لا يحرم . بل يكره » فقد غلط عليه . ومأخذه الغفلة عن دلالات الألفاظ ومراتب الكلام . وأحمد رحمه الله إنما قال « لا أقول إنه حرام . ولكن ينهى عنه » وكان يهاب قول الحرام إلا فيما فيه نص . وقد بين ذلك القاضي في العدة .

فائدة : قال في القاعدة السادسة والثلاثين بعد المائة : الجمع بين المتعاكسين في الاستمتاع بمقدمات الوطء ، قال ابن عقيل : يكره ولا يحرم . ويتوجه أن يحرم

أما إذا قلنا : إن المباشرة بشهوة كالوطء في تحريم الأجنبيين ، حتى تحرم الأولى : فلا إشكال . انتهى .

تنبيه : في قوله « فإن وطئ إحداهما لم تحل له الأخرى » إشعار بجواز وطء إحداهما ابتداء قبل تحريم الأخرى . وهو صحيح وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب منهم : القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، والمجد ، وغيرهم ، وهو ظاهر كلام الخرقي .

قال في البلغة ، والمحرر ، والفروع : والأصح جوازه

قال في القاعدة التاسعة بعد المائة : هذا المشهور . وهو أصح .

ومنع أبو الخطاب في الهداية من وطء واحدة منهما قبل تحريم الأخرى .

وقطع به في المذهب ، والخلاصة .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير

قال في القواعد : ونقل ابن هانئ عن الإمام أحمد رحمه الله ما يدل عليه . وهو راجع إلى تحريم إحداهما مبهمة .

وقيل : يكره ذلك

فائدة : حكم المباشرة من الإماء فيما دون الفرج ، والنظر إلى الفرج بشهوة — فيما يرجع إلى تحريم أختها — كحكمه فى تحريم الزوجة على ما تقدم قدمه فى المقنع ، والشرح .

وقال : والصحيح أنها لا تحرم بذلك . لأن الحل ثابت . فلا يحرم إلا الوطء فقط .

تنبيهان

الأول : قوله « فإن وطىء إحداهما ، تحل له الأخرى » فلو حلف ووطىء الأخرى ، لزمه أن يمسك عنهما حتى يحرم إحداهما . على الصحيح من المذهب قدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع

قال فى القواعد الفقهية هذا الأشهر . فيكون جميع منهما واحدة منهما . وأباح القاضى فى المجرد وطء الأولى بعد استبراء الثانية ، والثانية هى المحرمة عليه .

الثانى : قوله « لم تحل له حتى يحرم على نفسه الأولى » بخراج عن ملكه أو تزويج ، وبعم أنها ليست محامل . وهذا بلا نزاع فى الجملة .

وقال ابن عقيل : لا تكفى فى إباحة الثانية مجرد إزالة ملكه عنها . بل لابد أن تحيض حيضة وتنقضى ، فتكون الحيضة كالعدة

ونسبه على ذلك صاحب الترغيب ، والمحرر ، وغيرهما .

وحرره فى الزركشى ، وغيره .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ليس هذا القيد فى كلام الإمام أحمد رحمه الله ، وعامة الأصحاب انتهى

ولا يكفي استبراؤها بدون زوال الملك على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

وقال ابن عقيل : ينبغي أن يكتفى بذلك . إذ به يزول الفراش المحرم للجمع ثم في الاكتفاء بتحريمها بكتابة أو رهن ، أو بيع بشرط الخيار : وجهان .

وأطلقهما في الفروع ، والقواعد الأصولية

وأطلقهما في المحرر ، والحاوي في الكتابة .

قطع في الكافي ، والمغني ، والشرح : أن الأخت لا تباح إذا رهنها أو كاتبها . وهو ظاهر كلام الخرقي ، والمصنف هنا .

قال الزركشي : هذا الأشهر في الرهن

وقال : ظاهر إطلاق الإمام أحمد رحمه الله وكثير من الأصحاب : الاكتفاء بزوال الملك ولو أمكنه الاسترجاع ، كهبتها لولده ، أو بيعها بشرط الخيار

وجزم ابن رزين في شرحه : أنه إذا رهنها ، أو كاتبها ، أو دبرها : لا تباح أختها

وقدم في الرعايتين . أنه يكفي كتابتها واختاره القاضي ، وغيره

وهو ظاهر كلامه في الوجيز ، وابن عقيل في الجميع ، حيث قال : فإن وطئ إحداهما ، تحل الأخرى حتى يحرم الموطوأة بما لا يمكن أن يرفعه وحده وجزم به ابن عبدوس في تذكرته .

ولو أزال ملكه عن بعضها . فقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : كفاه ذلك . وهو قياس قول أصحابنا .

الثالثة : شمل قوله ﴿ بإخْرَاجِ عَنْ مِلْكِهِ ﴾

الإخراج بالبيع وغيره وقد صرح به الأصحاب

فيحتمل أن يقال : هذا منهم مبني على القول بجواز التفريق ، على ما مر في كتاب الجهاد .

لكن نكر على ذلك ماقبل البلوغ . فإنه ليس فيه نزاع .

ويحتمل أن يقال : يحرم البيع هنا للحاجة والمصلحة ، وبين منعه في غيره .

قال العلامة ابن رجب : أطلق الإمام أحمد رحمه الله والأصحاب تحريم الثانية حتى يخرج الأولى عن ملكه ببيع أو غيره

فإن بنيت هذه المسألة على مذكره الأصحاب في التفريق : لزم أن لا يحرم التفريق بغير العتق ، فيما دون البلوغ . وبعده : على روايتين

ولم يتعرضوا هنا لشيء من ذلك .

ولعله مستثنى من التفريق لحرم للحاجة ، وإلا لزم تحريم هذه الأمة بلا موجب انتهى

وسبقه إلى ذلك الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى

قلت : فيعايى بها .

قوله ﴿ فَإِنْ عَادَتْ إِلَى مِلْكِهِ : لَمْ يُصِبْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا حَتَّى يُحَرِّمَ الأُخْرَى ﴾

سواء كان وطىء الثانية أولا وهذا المذهب .

قال في الفروع : هذا ظاهر نصوصه . واختاره الخرقي .

قال في القاعدة الأربعين : هذا الأشهر . وهو المنصوص .

وجزم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمي ، ونظم المفردات .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع .

قال الزركشي : فإن عادت بعد وطء الأخرى : فالمنصوص في رواية جماعة — وعليه عامة الأصحاب — احتسابها حتى يحرم إحداهما .

وإن عادت قبل وطء الأخرى : فظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، ونص في وكثير من الأصحاب أن الحكم كذلك

واختاره المصنف ، والشارح ، والناظم : أنها إن عادت ـ قبل وطء أختها ـ فهي المذهب دون أختها

واختار المجد في المحرر : أنها إذا رجعت إليه ، بعد أن وطىء الثانية : أنه يقيم على وطئها ، ويحتسب الرابعة . وإن رجعت قبل وطء الثانية وطىء أيتهما شاء

قال ابن نصر الله - هذا إذا عادت إليه على وجه لا يجب الاستبراء عليه . أما إن وجب الاستبراء : لم يلزمه ترك أختها حتى يستبرئها .

قوله ﴿ وإن وطىء أمته ، ثم تزوج أختها : لم يصح عند أبي بكر ﴾

وهو المذهب

قال القاضي : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

وحكاه في الفروع وغيره رواية .

اختاره ابن عبدوس في تذكرته

وقدمه في الخلاصة ، والمستوعب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

وجزم به في المنور ، وناظم المفردات . وهو منها .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أنه يصح ذكره أبو الخطاب في الهداية

وحكاهما في الفروع ، وغيره رواية وقلها حنبل . وجزم به في الوجيز .

وصححه في النظم وأطلقهما في المذهب ، والفروع

فائدة : مثل ذلك في الحكم : لو أعتق سريته ، ثم تزوج أختها في مدة استبرائها .

قوله ﴿ ولا يطأ حتى يحرم الموطوأة ﴾ .

يعني : على القول بالصحة . والموطوأة هي أمته وهذا الصحيح من المذهب

وقدمه في المغني ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم وجزم به في المستوعب ، وغيره

وعنه : يحرم معاً ، حتى يحرم إحداهما .

فوائد

إحداها : مثل هذا الحكم . لو تزوج أخت أمته بعد تحريمها ، ثم رجعت الأمة إليه ، لم يكن النكاح بحاله . قاله فى المحرر ، والفروع .

وقدم فى المغنى ، والشرح أن حل وطء الزوجة باق .

وإن أعتق أمته ، ثم تزوج أختها فى مدة استبرائها : فعلى صحة العقد الروايتان المتقدمتان . وله نكاح أربع سواها فى أصح الوجهين .

قاله فى الفروع . وجزم به فى المحرر ، وغيره .

وقاله القاضى فى الجامع ، والخلاف ، وابن المنى

ونصره أبو الخطاب فى خلافه الصغير ، كما قبل العتق

وقيل : لا يجوز . الزمه القاضى فى التعليق فى موضع ، قياسا على المنع من تزوج أختها .

قلت : وهو ضعيف جداً

الثانية : لو ملك أختين ـ مسلمة ، ومجوسية ـ فله وطء المسلمة .

ذكره فى التبصرة . واقتصر عليه فى الفروع .

الثالثة . لو اشترى أخت زوجته : صح ولا يطؤها فى عدة الزوجية . فإن فعل فالوجهان المتقدمان .

وهل دواعى الوطء كالوطء ؟ فيه الوجهان وأطلقهما فى الفروع

والصحيح من المذهب : أن دواعى الوطء كالوطء .

وقدم ابن رزين فى شرحه إباحة المباشرة ، والنظر إلى الفرج بشهوة .

تنبيهان

أحدهما : تقدم فى آخر كتاب الطهارة « إذا اشتبهت أخته بأجنبية »

الثاني : قوله ﴿ وَلاَ يَحِلُّ لِلْحُرِّ : أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ ، وَلاَ لِلْعَبْدِ : أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ ﴾ بلا نزاع

ومفهوم قوله ﴿ وَإِنْ طَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ لَمْ يَحُرْ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْرَى حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ﴾

أنها لو بانت حال تزوج غيرها في الحال وهو صحيح نص عليه

فلو قال : أخبرني بانقضاء عدتها فكذبته فله نكاح أختها ، وعنه في أصح الوجهين .

قاله في المحرر ، والفروع ، وغيرهما

وقيل : ليس له ذلك .

على الأول : لا تسقط النفقة والسكنى والنفقة وحسب الولد ، بل الرجعة قاله الأصحاب .

فائدتان

إحداهما : قوله ﴿ وَلاَ يَحِلُّ لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ ﴾

بلا نزاع ونص عليه في رواية جماعة منهم : صالح ، وابن منصور ، ويعقوب بن بختان

لكن لو كان نصفه فأكثر حراً - جاز له أن يتزوج ثلاثاً على الصحيح من المذهب : نص عليه . وجزم به في النظم ، والمستوعب .

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والزركشي

وقيل : هو كالعبد

ويأتي في آخر نفقة الأقارب وإيمانيك « هل للعبد أن يتسرى بإذن سيده أم لا ؟ » .

الثانية - اختلف عن الإمام أحمد رحمه الله في جواز تسري العبد بأكثر من اثنتين . فنقل عنه الميموني : الجواز .

قلت : وهو الصواب . وهو ظاهر كلام الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، وغيرهم ، فى آخر باب نفقة الأقارب والمماليك .

ونقل أبو الحارث . المنع كالنكاح .

قال فى القواعد الأصولية : ولم يختلف عنه فى أن عتق العبد وسريته يوجب تحريمها عليه .

واختلف عنه فى عتق العبد وزوجته هل يفسخ به النكاح ؟ على ما يأتى محرراً فى آخر الباب الآتى بعده .

قوله ﴿ وَتَحْرُمُ الزَّانِيَةُ ، حَتَّى تَتُوبَ ، وَتَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

وجزم به فى الوجيز وغيره وقدمه فى الفروع ، وغيره

وهو من مفردات المذهب .

وقال فى الانتصار : ظاهر قول حنبل فى التوبة : لا يحرم تزوجها قبل التوبة قال ابن رجب : وأما بعد التوبة : فلم أر من صرح بالبطلان فيه وكلام ابن عقيل يدل على الصحة ، حيث حكم البطلان بعد انقضاء العدة انتهى .

وقال بعض الأصحاب : لا يحرم تزوجها قبل التوبة إن نكحها غير الزاني. ذكره أبو يعلى الصغير .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : أنه لا يشترط توبة الزاني بها إذا نكحها . وهو صحيح وهو المذهب جزم به فى المغنى ، والشرح

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع

وعنه يشترط توبته ذكره ابن الجوزى عن أحمد

فوائد

الأولى : توبة الزانية : أن تراود على الزنا ، فتمتنع . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وروى عن عمر وابن عباس رضى الله عنهم . ونصره ابن رجب . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : توبتها كتوبة غيرها ، من الندم والاستغفار ، والعزم على أن لا تعود . واختاره المصنف وغيره . وقدمه فى الفروع .

الثانية . لو وطىء بشبهة أو زنا ، لم يجز فى العدة نكاح أختها ، ولا يطؤها إن كانت زوجته . نص عليه . على الصحيح من المذهب .

وفى جواز وطء أربع غيرها والعقد عليهن وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى ، والرعاية الكبرى فى موضع .

احداهما : لا يجوز . وهو صحيح . اختاره أبو بكر فى الخلاف ، وأبو الخطاب فى الانتصار ، وابن عقيل .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والزركشى . واختاره .

والوجه الثانى : يجوز . جزم به فى المستوعب .

وقدمه فى الرعاية فى مكان آخر .

وهو احتمال فى المغنى ، والشرح فى المسألتين .

وقال القاضى فى التعليق : يمنع من وطء الأربع حتى يستظهر بالزانية حمل . واستبعده المجد .

قال فى القاعدة التاسعة بعد المائة : وهو كما قال المجد . لأن التحريم هنا لأجل الجمع بين خمس . فيكفى فيه أن يمسك عن واحدة منهن حتى يستبرىء . وصرح به صاحب الترغيب .

ويأتي في نكاح الكفار : لو أسلم على أكثر من أربع نسوة ، فاختار أربعاً : هل يعتبر المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات أم لا ؟

الثالثة : يجوز في مدة استبراء العتيقة نكاح أربع سواه . قاله القاضي في الجامع ، وابن حلاف ، وابن المنى .

ونصره أبو الخطاب في خلافه الصغير ، كما قبل العتق . وجزم به في المستوعب وزاد : الأمة .

وقيل : لا يجوز . الترمه القاضي في التعليق في موضع ، قياساً على المنع من تزوج أختها .

الرابعة . لو وطئت امرأة شبهة ، حرم نكاحها في العدة لغير الواطىء ، بلا نزاع فلو خالف وفعل لم يصح . ويباح له بعد انقضاء العدة . على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب

وعنه . إن نكح معتدة من زوج نكاح فاسد ووطء حرمت عليه أبداً

وأما للواطىء : فعنه تحرم عليه إن كانت قد لزمتها عدة من غيره ، وإلا أبيحت .

قال في المحرر ، والحاوي الصغير : وهو أصح .

قال في الفروع : وهي أشهر . واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وجزم به في المنور

قال الزركشي في العدد : وعلى هذا الأصحاب كافة ، ما عدا أبا محمد

وعنه . تباح له مطلقاً . ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله . واختاره هو والمصنف وصححه في النظم .

فيكون هذا المذهب ، على ما اصطلحناه في الخطبة . لكن الأصحاب على خلافه

وعنه : لا يباح له مطلقاً حتى تفرغ عدتها . ذكرها فى المحرر ، وقدمه فى الرعاية .

قال فى الكافى : ظاهر كلام الخرقى : تحريمها على الواطىء .

قال المصنف : وهو قياس المذهب .

قال فى الفروع : وفى هذا القياس نظر . وأطلقهن فى الفروع

ويأتى بعض ذلك فى العدة ، عند قوله « وإن أصابها بشبهة » .

قوله ﴿ ولا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ نِكاحُ كافِرَةٍ ، إلاّ حرائِرَ أَهْلِ الكِتابِ ﴾

يشمل مسألتين :

إحداهما : حرائر أهل الكتاب . وهما قسمان : ذميات ، وحربيات .

فالذميات : يبحن بلا نزاع فى الجملة

وأما الحربيات : فالصحيح من المذهب : حل نكاحهن مطلقاً . جزم به فى فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والفروع . واختاره القاضى فى المجرد ، وغيره .

وقيل : يحرم نكاح الحربية مطلقاً . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وأطلقهما فى البلغة ، والمحرر ، والحاوى الصغير

وقيل : يجوز فى دار الإسلام لا فى دار الحرب ، وإن اضطر . وهو منصوص الإمام أحمد رحمه الله فى غير رواية . واختيار ابن عقيل

وقيل : بالجواز فى دار الحرب مع الضرورة

قال الزركشى : وهو اختيار طائفة من الأصحاب . ونص عليه الإمام أحمد أيضاً

وقال المصنف : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى الأسير : المنع

وتقدم فى أوائل كتاب النكاح « هل يتزوج بدار الحرب للضرورة أم لا ؟ »

وقال ناظم المفردات : إذا كانت الكافرة أمها حربية لم يبح نكاحها .

فعلى المذهب : الأولى تركه ، على الصحيح من المذهب . جزم به في المغني ، والشرح . وقدمه في الفروع .

وقيل : يكره . واختاره القاضي ، والشيخ تقي الدين . وقال : هو قول أكثر العلماء ، كذبائحهم بلا حاجة .

والمسألة الثانية : حرائر غير أهل الكتاب ، فلا يحل نكاحهن مطلقا . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . جزم به في الكافي ، وغيره . وقدمه في المغني ، وغيره .

وذكر القاضي وجهاً : أن من دان بصحف شيث ، وإبراهيم ، والزبور : تحل نساؤهم . ويقرون بالجزية ، كأهل الكتابين .

قوله (فَإِنْ كَانَ أَحَدُ أَبَوَيْهَا غَيْرَ كِتَابِيٍّ ، فَهَلْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) .

وأطلقهما في المحرر ، وشرح ابن منجا .

إحداهما : لا تحل . وهي المذهب . اختاره الخرقي ، وأبو بكر في الشافي . والمقنع ، وابن أبي موسى ، والقاضي في المجرد ، والجامع ، والخلاف ، وابن عقيل في الفصول ، وأبو جعفر ، وأبو الخطاب في خلافيهما ، والشيرازي ، وابن البنا ، والمصنف في الكافي ، والشارح ، وابن عبدوس في تذكرته ، وغيرهم .

قال في الفروع : والأشهر تحريم مناكحته . وصححه في التصحيح .

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه في المغني ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

والرواية الثانية : تحل . ذكرها كثير من الأصحاب . وحكاها في المغني احتمالا

قال الزركشي : ولم أر عن الإمام أحمد بذلك نصاً .

قلت : لا يلزم من عدم رؤيته أن لا تكون فيها نصاً . فقد أثبتها الثقات .

وحكى ابن رزين رواية ثالثة : إن كان أبوها كتابياً أبيحت ، وإلا فلا

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وهو خطأ .

تنبيهان

أحدهما - محل الخلاف فيما إن كان أحد أبويها غير كتابي ، إذ لو اختارت هي دين أهل الكتاب .

أما إن اختارت غيره : فلا تنكح قولاً واحداً .

الثاني - فعلى كلا الروايتين في أصل المسألة : لو كان أبوها غير كتابيين ، واختارت هي دين أهل الكتاب ، فظاهر كلام المصنف هنا : التحريم ، رواية واحدة وهو المذهب قدمه في الفروع

وقيل عنه : لا تحرم وحرم به في المغني ، والشرح ، على الرواية الثانية .

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، اعتباراً بنفسه ، وقال : هو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، في عامة أجوبته .

قلت : وهو الصواب .

فائدتان

إحداهما لا تنكح مجوسي كتابية على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقيل : بلى .

ويتكح كتابي مجوسية ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا ينكحها . اختاره ابن عبدوس في تذكرته . وأطلقهما في الحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

الثانية : لو ملك كتابي مجوسية فله وطؤها على الصحيح

قدمه في الرعايتين . وقيل : لا يجوز له ذلك

قوله ﴿ أَوْ كَانَتْ مِنْ نِسَاءِ بَنِي تَغْلِبَ فَهَلْ تَحِلُّ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والمغرقى .

ذكره أكثرهم فى باب عقد الذمة .

إحداهما : تحل . وهو المذهب بلا ريب صححه فى المغنى ، والشرح ، والتصحيح .

قال المصنف — تبعاً لإبراهيم الحربى — : هذه الرواية آخر قوليه .

وهو ظاهر ماقطع به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى الفروع .

والرواية الثانية لا تحل

قال الزركشى . هذه الرواية أشهر عند الأصحاب .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن نساء العرب — من اليهود والنصارى ، غير بنى تغلب — يحل نكاحهن وهو صحيح وهو المذهب .

جزم به فى الوجيز ، وغيره وقدمه فى الفروع ، وغيره

وقيل : حكمهن حكم نساء بنى تغلب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم

وتقدم قريباً من ذلك فى باب عقد الذمة

قوله ﴿ وليس للمسلم — وإن كان عبداً — نكاح أمة كتابية ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه فى رواية أكثر من عشرين نفساً قاله أبو بكر وغيره : يجوز .

وردها الخلال . وقال : إنما توقف الإمام أحمد رحمه الله فيها ، ولم يعمد له قول

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعايتين

قوله ﴿ ولا يحل لحر مسلم نكاح أمة مسلمة إلا أن يخاف العنت ولا يجد طولاً لنكاح حرة ، ولا ثمن أمة ﴾ .

لا يباح للحر المسلم نكاح الأمة المسلمة إلا بوجود الشرطين على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال في التبصرة : لا يحرم على المسلم نكاح الإماء المسلمات . ولو عدم الشرطان أو أحدهما .

ولم يذكر الإمام أحمد رحمه الله غير خوف العنت .

وحمل أبو يعلى الصغير رواية منها على أن خوف العنت ليس بشرط في صحة نكاح الأمة . وإنما هو على سبيل الاختيار والاستحباب .

ويأتي في الباب الذي يلي هذا — بعد قوله « وإن تزوج أمة بطنها حرة » « هل يكون أولاد الحر من الأمة أرقاء أم لا ؟ » .

تنبيه : ذكر المصنف — رحمه الله — من الشرطين أن لا يجد ثمن أمة .

وقاله كثير من الأصحاب . منهم القاضي في المجرد ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب في الهداية والمجد في المحرر ، وصاحب المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والنظم ، والشرح ، والحاوي الصغير ، والوجيز ، وغيرهم .

واختاره ابن عبدوس في تذكرته .

قال في الرعاية وهو أظهر .

وظاهر كلام الخرقي عدم اشتراطه .

وهو ظاهر إطلاق القاضي في تعليقه ، وطائفة من الأصحاب .

وقدمه في الرعايتين ، والفروع . وجزم به في المنور .

وقال في البلغة ، والترغيب : لو كان قادراً على شراء أمة ، ففي جواز نكاح الأمة وجهان .

فائدة : قال الزركشي : فسر « العنت القاضي » أبو يعلى وأبو الحسين ، وابن عقيل ، والشيرازي ، وأبو محمد : بالزنا .

وكذا صاحب المستوعب .

وفسره بذلك في الترغيب ، والبلغة ، وقال : فلو كان يقدر على الصبر ، لكن يؤدي صبره إلى مرض : جاز له نكاح الأمة .

وفسره المجد — في محرره — وصاحب الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والوجيز ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم : بعث العزوبة ، إما لحاجة المتعة ، وإما للحاجة إلى خدمة المرأة ، لكبر أو سقم أو غيرهما . وقالوا : نص عليه

وهو ظاهر ما قدمه في الفروع . وقال : ولم يذكر جماعة الخدمة

وأدخل القاضي وأبو الخطاب في خلافيهما الخصي والمجبوب ، إذا كان له شهوة يخاف معها من التلذذ بالمباشرة حراماً ، وهو عادم للطول . وهو ظاهر كلام المصنف ، والخرقي ، وغيرهم

وقال في الرعاية : ولا يصح نكاح حر مسلم غير مجبوب أمة مسلمة إلا بشرطين

تحبيب عموم قوله ﴿ ولاَ يَجِدُ طَوْلاً لِنكَاحِ حُرَّةٍ ﴾ ،

يشمل الحرة المسلمة ، والكتابية وهو كذلك . وهو المذهب . وعليه الأصحاب وأطلق الإمام أحمد رحمه الله الحرة .

وصرح به القاضي في المجرد ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

وفي الانتصار : احتمال حرة مؤمنة لظاهر الآية .

وتوقف الإمام أحمد رحمه الله في رواية حرب

وقال في الترغيب : في حرة كتابية وجهان .

ويشمل قوله ﴿ ولا ثمن أمة ﴾ المسلمة والكتابية .

وهو صحيح وهو المذهب

وقد أطلق الأمة أبو الخطاب ، وصاحب المذهب ، ومسبوك الذهب ،

والمستوعب ، والخلاصة ، والمصنف ، والمحد فى محرره ، والشرح ، وابن حمدان ، وغيرهم .

وقيد القاضى ، وابن عقيل : الأمة بالإسلام .

فوائد

الأولى « وجود الطول » هو أن لا يملك ما لا حاضراً على الصحيح من المذهب .

وفسر الإمام أحمد رحمه الله : الطول بالسعة .

قال القاضى فى المجرد : عدم الطول : أن لا يجد صداق حرة .

وداس عقيل : ولا مئونتها ، وهو أولى إذ عدم ذلك وهو يملك ما لا حاضراً ، ووجد من يقرضه ، أو رضيت الحرة بتأخير صداقها ، أو بدون مهرها : لم يلزمه . وجاز له نكاح الأمة . جزم به فى المغنى ، والشرح واختاره القاضى ، والأزجى . وقدمه فى الفروع .

وقيل . إن رضيت بتأخير صداقها ، أو بدون مهرها : لزمه .

وقيل : إن رضيت بدون مهر مثلها : لزمه وإلا فلا .

ولو وهب له الصداق : لم يلزمه قبوله .

الثانية . قال المصنف ـ وتبعه الشارح ـ وذلك بشرط أن لا يجحف بماله . فإن أجحف بماله : جاز له نكاح الأمة ولو كان قادراً على نكاح الحرة بهذه الصفة .

وقال فى الترغيب : مالا يبطل مروءته .

الثالثة : لو وجد حرة لا توطأ لصغرها ، أو كانت زوجته غائبة : جاز له نكاح الأمة . على الصحيح من المذهب نص عليه وقدمه فى الفروع . وجزم به فى الرعاية فى بروحه واختاره القاضى .

وقيل : لا يجوز . وهو احتمال فى الرعاية الصغرى .

قال ابن أبي موسى : ليس لحر تحته حرة أن يتزوج عليها أمة . لا أعلم فيه خلافاً ، والعبد الذي تحته حرة : أن يتزوج عليها أمة . قولا واحداً .

ولو كانت زوجته مريضة جاز له أيضاً نكاح الأمة على الصحيح من المذهب نص عليه وقدمه في الفروع وذكر في الترغيب وجهين .

الرابعة : قال في الترغيب : نكاح مَنْ بَعْضُهُ حر أولى من نكاح الأمة . لأن إرقاق بعض الولد أولى من إرقاق جميعه .

قوله ﴿ وإنْ تزوَّجها وفيه الشرطان ، ثم أيسر . أو نكح حُرَّةً ، فهل يبطلُ نكاحُ الأمةِ ؟ على روايتين ﴾ .

وأطلقهما فيهما : في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، والمحرر ، والحاوي الصغير ، والفروع

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، في الأخيرة

إذا تزوج الأمة وفيه الشرطان ثم أيسر : لم يبطل نكاح الأمة على الصحيح من المذهب .

قال الزركشي : هذا هو المذهب المنصوص ، المجزوم به عند عامة الأصحاب . انتهى

وصححه في التصحيح ، والنظم ، والمغني ، والشارح ، وقالا : هذا ظاهر المذهب .

وقطع به الخرقي ، وصاحب الوجيز ، وابن منجا ، وغيرهم .

والرواية الثانية : يبطل .

وخرجها القاضي وغيره من رواية صحة نكاح الحرة على الأمة . واختاره ابن عبدوس في تذكرته وقدمه في الرعايتين .

وإذا نكح حرة على الأمة : لم يبطل نكاح الأمة أيضاً على الصحيح من

المذهب . صححه في التصحيح ، والنظم ، وابن رجب في القاعدة التاسعة بعد المائة وجزم به في الوجيز واختاره ابن عبدوس في تذكرته .

والرواية الثانية : تبطل

قدمهما في الرعايتين وجزم به ناظم المفردات وهو منها

وقال في المنتخب . يكون ذلك طلاقاً فيهما ، لا فسخاً .

ونقله ابن منصور فيما إذا تزوج حرة على أمة يكون طلاقاً للأمة . يقول ابن عباس رضي الله عنهما .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وغيره من الأصحاب : أنه لو زال خوف العنت لا تبطل نكاح الأمة . وجزم به في الرعاية

وقال في الترغيب ، والبلغة : حكمه حكم ما إذا أيسر ، ونكح حرة على ما تقدم قاله في القاعدة السابعة

قوله ﴿ وإنْ تزوَّجَ حُرَّةً ، أوْ أمَةً . فَلَمْ تُعِفَّهُ ، ولَمْ يَجِدْ طَوْلاً لِحُرَّةٍ أُخْرَى ، فَهَلْ لَهُ نِكَاحُ أمَةٍ أُخْرَى ؟ عَلَى رِوايَتَيْنِ ﴾

إذا تزوج حرة فلم تعفه ، فأطلق المصنف في جواز نكاح أمة عليها الروايتين .

وأطلقهما في المذهب ، ومسبوك الذهب

إحداهما : يجوز له ذلك إذا كان فيه الشرطان قائمين وهو الصحيح من المذهب صححه في التصحيح ، والنظم وغيرهما واختاره ابن عبدوس ، وغيره .

وجزم به في الوجيز ، والمنور ، والمنتخب ، وغيرهم .

وقدمه في الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

والرواية الثانية : لا يجوز . قطع به ابن أبي موسى ، وغيره

فعلى المذهب لو جمع بينهما في عقد واحد : صح .

وعلى الثانية : لا يصح

ونقل ابن منصور : يصح نكاح الحرة عليها .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : تحرر لأصحابنا في تزويج الأمة على الحرة : ثلاث طرق .

أحدها : المنع رواية واحدة . ذكرها ابن أبي موسى ، والقاضي ، وابن عقيل وغيرهم .

قال القاضي : هذا إذا كان يمكنه وطء الحرة . فإن لم يمكنه : جاز .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وهذه الطريق هي عندي مذهب الإمام أحمد رحمه الله . وعليها يدل كلامه .

الطريق الثاني : إذا لم تعفه . فيه روايتان . وهي طريقة أبي الخطاب ، ومن حذا حذوه

الطريق الثالث : في الجمع روايتان . كما ذكر المجد . انتهى .

وقال في القاعدة الأخيرة من القواعد : لو تزوج حر خائف العنت غير واحد للطول — حرة تعفه بانفرادها ، وأمة في عقد واحد : صح نكاح الحرة وحدها . وهو ظاهر كلام القاضي في المجرد وهو أصح .

وقيل : يصح نكاحهما قاله القاضي ، وأبو الخطاب في خلافيهما انتهى .

وإذا تزوج أمة لم تعفه . فالصحيح من المذهب : جواز نكاح ثانية بشرطه ثم ثالثة كذلك ، ثم رابعة كذلك . وعليه أكثر الأصحاب .

اختاره ابن عقيل في التذكرة ، والمصنف ، والشارح ، وابن عبدوس في تذكرته ، وغيرهم .

قال الزركشي : هذا أنص الروايتين عن الإمام أحمد رحمه الله .

وقطع به الخرقي ، وصاحب العمدة ، والوجيز ، ومنتخب الأزجي ، وغيرهم .

وقدمه في الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي والفروع ، وغيرهم .

والرواية الثانية : لايجوز له ذلك .

اختاره أبو بكر ، والقاضي في المجرد .

فائدتان

إحداهما : إذا قلنا له نكاح أربع ، جاز له أن ينكحهن دفعة واحدة . إذا علم أنه لايُعِفُّه إلا ذلك . صرح به القاضي .

قال الزركشي ، وقد يقال : إن كلام الخرقي يقتضيه

وقال في الفروع ، والمحرر ، وغيرهما : فإن ، تُعِفُّه واحدة ، فثانية . ثم ثالثة ثم رابعة .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لمحض لأصحابنا في تزوج الإماء ثلاث طرق

أحدها : طريقة القاضي في الجامع والخلاف ، وهي : أنه لا يتزوج أكثر من واحدة إلا إذا خشي العنت ، بأن لا يمكنه وطء التي تحته . ومتى أمكنه وطؤها لم يجز

قال ابن خطيب السلامية : فهل يجعل وجود زوجة يمكن وطؤها أمناً من العنت ؟ والمسألة عنده رواية واحدة .

وكذلك عنده إذا كان تحته حرة سواء .

الطريق الثاني . إذا كان فيه الشرطان فله أن يتزوج أربعاً ، وإن كان متمكناً من وطء الأولى . وهذا معنى خوف العنت وهي طريقة أبي محمد . ولم يذكر الخرقي إلا ذلك .

وكلام الإمام أحمد رحمه الله يقتضي الحل ، وإن كان قادراً على الوطء

الطريق الثالث المسألة فى مثل هذا على روايتين وهى طريقة ابن أبى موسى . انتهى .

الثانية : قوله ﴿ وَلِلْعَبْدِ نِكَاحُ الأَمَةِ ﴾ .

ومثله المكاتب ، والمعتق بعضه . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية ، والفروع ، وغيرهما .

قال فى الفروع : مع أن الشيخ وغيره عدى مسألة الصداق بالمساواة . فيقتضى المنع فيهما ، وفى المعتق بعضه .

قوله ﴿ وَهَلْ لَهُ ﴾ يعنى : العبد ﴿ أَنْ يَنْكِحَهَا عَلَى حُرَّةٍ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا

إحداهما : يجوز وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم .

وجزم به فى الوجيز وقدمه فى المجرد ، والفروع ، والحاوى الصغير

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

والرواية الثانية : لا يجوز . صححه فى مذهب ، ومسبوك الذهب ، والرعاية الكبرى . وقدمه فى الرعاية الصغرى

قوله ﴿ فَإِنْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِى العَقْدِ : جَازَ ﴾ .

يعنى : على الرواية الأولى . قاله فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما .

وحمل ابن منجا كلام المصنف عليه

وعلى الرواية الثانية لا يجوز ، ويفسد النكاحان على الصحيح من المذهب .

وقيل : يفسد نكاح الأمة وحدها . وقدمه فى الرعايتين

وأطلق الوجهين فى المحرر ، والحاوى الصغير

ونقل ابن منصور : يصح فى الحرة .

وفى الموجز ، فى العبد رواية : يصح فى الأمة ، وكذا فى النصرة ، لفقد الكفاءة .

وقال : إن لم نعتبر الكفاءة صح فيهما وهو رواية فى المذهب

قوله ﴿ وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَجُوزَ ﴾ .

قال الشارح : بناء على قوله لايجوز نكاح الأمة على حرة .

تنبيه : تقدم قول المصنف « لو تزوج الحر أمة على حرة بشرطه هل يجوز أم لا ؟ » .

ولكن لو طلق الحرة طلاقاً بائناً جاز له نكاح الأمة فى عدتها ، مع وجود الشرطين .

ذكره القاضى فى خلافه ، ونص عليه فى رواية مهنا .

وخرج المجد فى شرح الهداية وجها بالمنع ، بدا منعه من الجمع فى صف النكاح مع العيبة ونحوها

فائدة : الحر الكتابى كالمسلم فى نكاح الأمة حرم به فى رعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع

لكن قال فى الترغيب ، والنبعة ، وغيرهما : إن اعتبرنا إسلام الأمة فى حق المسلم اعتبرنا كونها كتابية فى حق الكتابى .

وقال فى الوسيلة : المجوسى كالكتابى فى نكاح الأمة

وقال فى المجموع : وكل كافر كمسلم فى نكاح الأمة

وتقدم قريباً « لو ملك كتابى مجوسية هل له وطؤها أم لا ؟ » .

قوله ﴿ وَلَا لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَمَتَهُ ، وَلَا أَمَةَ ابْنِهِ ﴾ .

لايجوز للحر نكاح أمته بلا خلاف وكذا لو كان له بعضها . صرح به فى الرعاية وليس له نكاح أمة ابنه . على الصحيح من المذهب .

ذكره القاضي ومن بعده . وجزم به في المغني ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم. وقدمه في الفروع ، وغيره . وقيل : يجوز "

تنبيه : قال ابن رجب : لايجوز للأب الحر نكاح أمة ولده .

ذكره القاضي ومن بعده . وذكروا أصله في المذهب وهو وجوب إعفاف الابن أبيه عند حاجته إلى النكاح .

وإذا وجب عليه إعفافه كان واجداً للطول .

قال : وعلى هذا المأخذ ، لافرق بين أن يزوجه بأمته أو أمة غيره . وصرح به القاضي في الجامع . ولا فرق حينئذ بين الأب والجد من الطرفين .

وكذلك يلزم في سائر من يلزم إعفافه من الأقارب ، على الخلاف فيه وصرح به ابن عقيل في الفصول .

ولو كان الابن معسراً لاقدرة على إعفاف أبيه ، فهل للأب حينئذ أن يتزوج بأمته ؟ .

ذكر أبو الخطاب في انتصاره احتمالين : الجواز لانتفاء وجوب الإعفاف . والمنع لشبهة الملك

وخرج أيضاً - رواية بجواز نكاح الأب أمة ولده معلقة من رواية عدم وجوب إعفافه

وللأصحاب في المنع مأخذ آخر . ذكره القاضي أيضاً والأصحاب .

وهو أن الأب له شبهة الملك في مال ولده وشبهة الملك تمنع من النكاح . كالأمة المشتركة ، وأمة المكاتب .

وعلى هذا المأخذ : يختص المنع بأمة الابن وهل يدخل فيه الجد وإن علا من الطرفين ؟ فيه نظر

قال وفي المنع مأخذ ثالث وهو أن الأب إذا تزوج أمة ولده فولدها فهل تصير بذلك مستولدة ، ويعتق ولده حراً أم لا تصير مستولدة ، ويسترق رقيقاً ؟

ذكر القاضي : أن الولد ينعقد رقيقاً . لأن وطأه بعقد النكاح ليس تصرفاً في مال والده بحكم الأبوة ، بل هو تصرف بعقد يشاركه فيه الأجانب فينعقد الولد رقيقاً ، ولا تصير مستولدة .

قال : وهذا مع القول بصحة النكاح ظاهر . وأما مع ظن صحته : فعليه نظر .

وأما مع العلم ببطلانه : فبعيد جداً .

وتردد ابن عقيل في كونه في ثبوت حرية الولد واستيلاده ، كتردده في حكم النكاح . واستشكل القول ببطلانه مع رق الولد وعدم الاستيلاد . وكان أولاً أفتى بالرق وعدم ثبوت الاستيلاد ، مستنداً إلى صحة النكاح .

قال ابن رجب : وهذا يقتضي أنه بعد حكم بفساد النكاح لزم حرية الولد واستيلاد أمه .

قال : وهو أظهر ، كما لو نكح أحد الشريكين الأمة المشتركة ثم استولدها . وحينئذ يصير واحد منع من النكاح معرضاً للانتزاع بخصوص الولد الذي هو مقصود العقد . فلا يصح . انتهى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : حرم تزويج الابن أمة والده وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الجمهور .

وحرم به الوجيز ، وغيره . وصححه في الفروع ، وغيره .

وقيل : لا يحرم .

فعلى المذهب : لو تزوجها ، ثم قال له : إذا مات أبي فأنت طالق ثم مات الأب . فهل يقع الطلاق ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يقع اختاره القاضي في الجامع ، والحلواني ، وابن عقيل في عمد الأدلة . وأبو الخطاب لأن موت الأب يترتب عليه وقوع الطلاق والملك سبق الفسخ النكاح فقد سبق وجود الطلاق الفسخ ، فيقع

والوجه الثانى : لاتقع اختاره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول .
لأن الطلاق فارن الملك ، وهو الملك . فلم ينفذ .
وقدمه المصنف فى باب الطلاق فى الماضى والمستقبل . ويأتى هناك إن شاء الله محررا .
ومثل هذه المسألة : لو تزوج أمة ، وقال « إن اشتريتك فأنت طالق » فيه الوجهان . إن قلنا ينتقل الملك مع الخيار — وهو الصحيح — لم تقع الطلاق .
وإن قلنا : لاينتقل : وقع الطلاق ، وحلها واحداً . ذكره أبو الخطاب .

فائدة : لايجوز للمرأة نكاح عبد ولدها على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .
وقيل يجوز .

تنبيه مفهوم قوله « ولا للحر أن يتزوج أمة ابنه »
جواز تزوج الأب أمة ولده إن كان رقيقاً . وهو صحيح بلا نزاع فيه .
وكذا يجوز لمرأة نكاح عبد ولدها إذا كانت رقيقة

فائدة : قوله ﴿ وإن اشترى الحرُّ زوجتَه ﴾ وكذا بعضها ﴿ انفسخ نكاحُها وإن اشتراها ابنُه ﴾ وكذا بعضها ﴿ فعلى وجهين ﴾
وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة والمغنى ، والشرح

أحدهما ينفسخ . وهو المذهب صححه فى التصحيح
قال فى الفروع ينفسخ على الأصح
واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .
وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .
وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .
والوجه الثانى : لاينفسخ .

فائدتان

إحداهما: كذا الحكم لو اشتراه ـ أو بعضه ـ مكاتبه. خلافا ومذهبا.

قاله في الرعاية، والوجيز، والفروع، وغيرهم. إلا أن الخلاف هنا وجهان.

الثانية: حكم شراء الزوجة ـ أو ولدها، أو مكاتبها ـ للزوج: حكم شراء الزوج ـ أو ولده، أو مكاتبه ـ للزوجة.

فلو بعثت إلى زوجها تخبره «أني قد حرمت عليك، ونكحت غيرك. وعليك نفقتي ونفقة زوجي» فهذه امرأة ملكت زوجها وتزوجت ابن عمها. فيعايى بها.

وتقدم جواز تزويج ابنه بجاريته عند «قوله طول الحرة»

ويأتي ذلك في أواخر «باب التأويل في الحلف» بأتم من هذا.

قوله ﴿ ومَنْ جمع بَيْنَ مُحَرَّمَةٍ ومُحَلَّلَةٍ في عَقْدٍ واحدٍ. فَهَلْ يَصِحُّ فِيمَنْ تَحِلُّ؟ على رِوايَتَيْنِ ﴾.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر.

إحداهما: يصح فيمن تحل. وهو المذهب.

قال المصنف، والشارح، والمنصوص: صحة نكاح الأجنبية. وصححه في التصحيح، وتجريد العناية.

وجزم به الخرقي، وصاحب الوجيز، والمنور، ومنتخب الأزجي، وغيرهم.

واختاره القاضي في تعليقه، والشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب في خلافيهما والمصنف، والشارح، وغيرهم.

وقدمه في الفروع، والرعايتين، والحاوي الصغير، وشرح ابن رزين.

والرواية الثانية: لا يصح. اختاره أبو بكر.

فائدة: لو تزوج أمًّا وبنتًا في عقد واحد: فعليه وجهان.

أحدهما : يبطل النكاحان معاً . وهو المذهب .

اختاره القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف في المغني ، والشارح ، وغيرهم .

والوجه الثاني : يبطل نكاح الأم وحدها . ذكره في الكافي .

وقدمه في الفروع ، والمحرر ، والرعايتين .

وصححه في الفائقة الأخيرة من القواعد .

وأطلقهن في الكافي ، والقواعد الفقهية ، في التاسعة بعد المائة .

قوله ﴿ وَمَنْ حَرُمَ نِكَاحُهَا حَرُمَ وَطْؤُهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ ، إِلاَّ إِمَاءَ أَهْلِ الْكِتَابِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله : جواز وطء إماء غير أهل الكتاب وذكره ابن أبي شيبة في كتابه عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، وعمرو بن دينار . فلا يصح ادعاء الإجماع مع مخالفة هؤلاء .

قوله ﴿ وَلاَ يَحِلُّ نِكَاحُ خُنْثَى مُشْكِلٍ ، حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

في رواية ميمون . وهو المذهب . اختاره أبو بكر ، وابن عقيل وحرم به في الوجيز . وقدمه في المستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع .

وقيل : يحل نكاحه . ذكره في الرعاية .

وقال الحارثي : إذا قال « أنا رجل » لم يمنع من نكاح النساء ، ولم يكن له أن ينكح غير ذلك بعد . وإن قال « أنا امرأة » لم تنكح إلا رجلا

واختاره القاضي في الروايتين

على هذا لو قال « أنا رجل » وقلنا قوله في ذلك في النكاح فهل يثبت

في حقه سائر أحكام الرجال، تبعاً للنكاح، ويزول بذلك إشكاله. أم يقبل قوله في حقوق الله تعالى، وفيما عليه من حقوق الآدميين، دون ماله منها، لئلا يلزم قبول قوله في استحقاقه بميراث ذكر وديته؟ فيه وجهان.

ذكره في القاعدة الثالثة والثلاثين بعد المائة

قوله ﴿فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، ثُمَّ قَالَ «أَنَا امْرَأَةٌ» انْفَسَخَ نِكَاحُهُ﴾

هذا تفريع على قول الخرقي. والصحيح: أنه يقبل قوله في ذلك.

واختاره المصنف، والمجد، وغيرهما. وقدمه الزركشي.

وقال القاضي: لا يقبل قوله «أنا امرأة» بعد قوله «أنا رجل» وعلله بأنه يريد أن يسقط عنه مهر المرأة. وهذا ظاهر كلام أبي الخطاب، وابن عقيل. قاله الزركشي.

وفي نكاحه لما يستقبل الوجهان الآتيان بعد.

فوائد

الأولى: على قول الخرقي: لو لم يكن متزوجاً، ورجع عن قوله الأول، بأن قال «أنا رجل» ثم قال «أنا امرأة» أو عكسه. فظاهر كلام الخرقي والأصحاب: أن له نكاح ما عاد إليه. قاله في المحرر. وهو الصحيح.

قال في الفروع: فلو عاد عن قوله الأول: فله نكاح ما عاد إليه، في الأصح.

وقال في المحرر: يمنع من نكاح الصنفين عندي.

قال الزركشي: وهو ظاهر كلام أبي محمد في الكافي.

الثانية: قال ابن عقيل في الفنون: لا يجوز الوطء في الفرج الزائد.

قلت: إذا زوجناه على أنه أنثى لم يستبعد جواز وطئه فيه كما يجوز مباشرته في سائر بدنه، غير دبره.

الثالثة: قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: لا يحرم في الحلة زيادة العدد، ولا الجمع بين المحارم، وغيره والله أعلم.

باب الشروط فى النكاح

فائدتان

إحداهما : الشروط المعتبرة فى النكاح فى هذا الباب محل ذكرها : صلب العقد . قاله فى المحرر ، وغيره .

وحرم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وتذكرة ابن عبدوس ، والنظم .

وقاله القاضى فى موضع من كلامه .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله وكذا لو اتفقا عليه قبل العقد ، فى ظاهر المذهب

وقال على هذا حمل جواب الإمام أحمد رحمه الله ، فى مسائل الحيل . لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك قولا واحداً

قال الزركشى : وهذا ظاهر إطلاق الحلوانى ، وأبى الخطاب ، وأبى محمد ، وغيرهم

قال : وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله ، فى فتاويه : إنه ظاهر المذهب . ومنصوص الإمام أحمد رحمه الله ، وقول قدماء أصحابه ، ومحققى متأخريهم انتهى

قلت وهو الصواب الذى لا شك فيه

الثانية لو وقع الشرط بعد العقد ولزومه ، فالمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه لا يلزمه

قال ابن رجب : ويتوجه صحة الشرط فيه . بناء على صحة الاستثناء منفصلا على بعد ليمين ، لأنه والنكاح تصح الزيادة فيه فى المهر بعد عقده ، بخلاف البيع ، ونحوه

قوله ﴿ وَهِىَ قِسْمَانِ . صَحِيحٌ : مِثْلُ اشْتِرَاطِ زِيَادَةٍ فِى الْمَهْرِ أَوْ نَقْدِ

مُعَيَّنٍ ، أَوْ لَا يُخْرِجُهَا مِنْ دَارِهَا ، أَوْ بَلَدِهَا ، أَوْ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ وَلَا يَتَسَرَّى عَلَيْهَا) .

فهذا صحيح لازم ، إن وفى به ، وإلا فلها الفسخ هذا مذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ظاهر الأثر والقياس يقتضى منعه من فعل ذلك الشرط الصحيح .

وحكى القاضى أبو الحسين عن شيخه أبى محمد رواية : أنه لا يصح شرط أن لا يسافر بها ، ولا يتزوج ، ولا يتسرى عليها .

ويأتى فى الصداق — عند قوله « وإذا تزوجها على صداقين سر وعلانية » — لحوق الزيادة فى الصداق بعد العقد على الصحيح من المذهب

فوائد

إحداها : اختار الشيخ تقى الدين رحمه الله صحة شرط : أن لا يتزوج عليها ، أو إن تزوج عليها فلها أن تطلق نفسها

الثانية : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله — فى رواية أبى الحارث — صحة دفع كل واحد من الزوجين إلى الآخر مالا على أن لا يتزوج أما الزوج : فظاهر وأما الزوجة : فبعد موت زوجها ومن لم يصح الشرط ، يستحق العوض . لأنها هبة مشروطة بشرط . فتنتفى بانتفائه

وقال المجد فى شرحه : لو شرط أحد الزوجين على الآخر أن لا يتزوج بعده . فالشرط باطل فى قياس المذهب .

ووجهه : أنه ليس فى ذلك غرض صحيح ، بخلاف حال الحياة واقتصر فى الفروع على ذكر رواية أبى الحارث

وتقدم فى باب الوصى له « لو أوصى لأم ولده على أن لا تتزوج » .

الثالثة . قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لو خدعها فسافر بها ، ثم كرهته : لم يكن له أن يكرهها بعد ذلك .

قال ابن نصر الله في حواشيه على الفروع : هذا إذا لم تسقط حقها : واضح . أما لو أسقطت حقها من الشرط : احتمل أن يكون لها الرجوع فيه ، كهبة حقها من القسم . واحتمل أن لا يكون لها العودة فيه ، كما لو أسقطت حقها من بعض مهرها المسمى . والفرق واضح . فذكره . انتهى .

قلت : الصواب أنها إذا أسقطت حقها يسقط مطلقاً .

وقال أيضاً : لو شرط أن لا يخرجها من منزل أبويها فمات الأب ، فالظاهر : أن الشرط يبطل .

ويحتمل أن لا يخرجها من منزل أمها إلا أن تتزوج الأم .

ولو تعذر سكنى المنزل ، لخراب أو غيره . فهل يسقط حقها من الفسخ بنقلها عنه ؟ أفتيت بأنه إن نقلها إلى منزل ترتضيه هي ، فلا فسخ . وإن نقلها إلى منزل لا ترتضيه ، فلها الفسخ . ولم أقف فيه على نقل . انتهى .

قلت : الصواب أن له أن يسكن بها حيث أراد ، سواء رضيت أو لا . لأنه الأصل ، والشرط عارض ، وقد زال . فرجعنا إلى الأصل . وهو محض حقه .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله ـ فيمن شرط لها أن يسكنها بمنزل أبيه ، فسكنت . ثم طلبت سكنى منفردة ، وهو عاجز ـ لا يلزمه ما عجز عنه ، بل لو كان قادراً ليس لها ـ على قول في مذهب الإمام أحمد رحمه الله ـ غير ما شرطت لها .

قال في الفروع : كذا قال .

قال : والظاهر أن مرادهم صحة الشرط في الجملة بمعنى ثبوت الخيار لها بعدمه ، لا أنه يلزمها . لأنه شرط لحقها لمصلحتها ، لا لحقه لمصلحته ، حتى يلزم في حقها . ولهذا لو سلمت نفسها من شرطت دارها فيها أو في داره لزم . انتهى .

وقال ابن القيم رحمه الله في الهدى : الشرط العرفي كالمشروط نطقاً . وأطال في ذلك

قوله ﴿ وَإِنْ شرط لها طلاق ضرتها . فقال أبو الخطاب : هو صحيح ﴾ .

حرم به في المذهب ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، والمحرر ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، والإدراك الغاية ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

قال في الزعبة الصغرى ، والحاوي الصغير إذا شرط لها طلاق ضرتها — وقلنا : يصح في رواية . ويحتمل أنه باطل . لما ذكر المصنف من الحديث[1] .

قال المصنف : وهو الصحيح .

وقال - لم أر ما قاله أبو الخطاب لغيره .

قلت : قد حكاه في الزعبة الصغرى ، والحاوي الصغير ، والفروع رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وقال : ذكره جماعة

وصحح ماصححه المصنف في النظم ، وشرح ابن رزين

وصدر الفروع . بطلاق الحلاف فإنه قال : ويصح شرط طلاق ضرتها في رواية وذكره جماعة وقيل : باطل

فوائد

الأولى . حكم شرط بيع أمته حكم شرط طلاق ضرتها ، على الصحيح من المذهب حرم به في المغني ، والشرح

قال في الفروع وهو الأشهر ، ومنه بيع أمته

الثانية : حيث قلنا بصحة شرط سكنى الدار أو البلد ، ونحو ذلك . لم تجب

(١) قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في صحفتها وتنكح ، فإن لها ما قدر لها »

الوفاء به على الزوج صرح به الأصحاب . لكن يستحب الوفاء به . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية عبد الله .

ومال الشيخ تقى الدين رحمه الله إلى وجوب الوفاء بهذه الشروط . ويجبره الحاكم على ذلك . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وصرح أبو بكر فى التنبيه : أنه لايجوز للزوج مخالفة ما شُرط عليه .

ونص عليه فى رواية حرب — فيمن تزوج امرأة ، وشرط لها أن لايخرجها من قريتها . ثم بدا له أن يخرجها — قال : ليس له أن يخرجها

وقد ذكر الزركشى فى شرح المحرر — فيما إذا شرطت دارها أو بلدها — وجهاً بأنه يجبر على القيام معها .

وذكر أيضاً . أنه لا يتزوج ولا يتسرى إلا بإذنها فى وجه ، إذا شرطته .

إذا علمت ذلك : فمتى الفسخ بالنقلة ، والتزويج ، والتسرى . كما قال المصنف

فأما إن أراد نقلها وطلب منها ذلك ، فقال القاضى فى الجامع . لها الفسخ بالعزم على الإخراج . وضعفه الشيخ تقى الدين

وقال : العزم المجرد لايوجب الفسخ . بل لاضرر فيه وهو صحيح ، ما لم يقترن بالهمّ طلبُ نقلة .

الثالثة : لو شرطت أن لا تسلم نفسها إلا بعد مدة معينة : لم يصح ذكره ابن عقيل فى المفردات ، وأبو الخطاب فى الانتصار .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قياس المذهب : صحته ، كاشتراط تأخير التسليم فى البيع والإجارة ، وكما لو شرطت : أن لا يخرجها من دارها

الرابعة : ذكر أبو بكر فى التنبيه من الشروط اللازمة : إذا شرط أن لا يفرق بينها وبين أبويها ، وأولادها ، أو أنها الصغير ، وأن ترضعه .

وكذا ذكر ابن أبى موسى . أنه إذا شرطت أن له ولداً ترضعه ، فله شرطها

وقطع به فى المستوعب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

قال فى القاعدة الثانية والسبعين : ولو شرطت عليه نفقة ولدها وكسوته : صح وكان من المهر

قال ابن نصر الله فى حواشيه : وظاهره لا تشترط مع ذلك تعيين مدة ، كنفقة الزوجة وكسوتها ، وبه ذكره بعضهم انتهى

قلت : ليس كذلك ، والفرق بين المسألتين واضح

الخامسة : هذه الشروط الصحيحة إنما تلزم فى النكاح إذا شرطت فيه

فأما إن باشرت منه ، ثم تزوجها ثانياً لم تعد هذه الشروط فى هذا العقد الثانى بل يبطل حكمها إذا لم يذكرها فيه . ذكره المجد فى شرحه ، وجزم به فى الفروع .

قال ابن رجب : ويتخرج عودها فى النكاح الثانى ، إذا لم يكن استوفى عدد الطلاق : لزم فيه كل ما كان ملتزماً بالعقد الأول

السادسة : خيار الشرط على التراخى لا يسقط إلا بما يدل على الرضى ، من قول أو تمكين منه مع العلم ، قطع به الأصحاب ، منهم صاحب المحرر ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم ذكروه فى باب العيوب فى النكاح .

قوله ﴿ القِسْمُ الثَّانِى : فَاسِدٌ وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ . أَحَدُهَا : مَا يُبْطِلُ النِّكَاحَ . وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ . أَحَدُهَا : نِكَاحُ الشِّغَارِ . وَهُوَ أَنْ يُزَوِّجَهُ وَلِيَّتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الآخَرُ وَلِيَّتَهُ وَلَا مَهْرَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب . سواء قالا « وضع كل واحدة مهر الأخرى » أولا وعليه الأصحاب

وعنه : يصح العقد ، ويفسد الشرط وهو تخريج فى الهداية .

عليه : لها مهر المثل .

قوله ﴿ فَإِنْ سَمَّوْا مَهْرًا : صَحَّ نَصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشي : عليه عامة الأصحاب . صححه الناظم ، وغيره

وجزم به في الوجيز وغيره . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال الحرقي : لا يصح .

وقاله أبو بكر في الخلاف ، وأبو الخطاب في الانتصار .

وذكره القاضي في الجامع ، وابن عقيل رواية

وقيل : لا يصح إن قال مع ذلك « ويضم كل واحدة مهر الأخرى » وإن لم يقل ذلك صح

واختاره في المحرر . وابن عبدوس في تذكرته

قال في الرعاية . وهو أولى

قال في الفروع : وظاهر كلام ابن الجوزي يصح معه تسمية .

وذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله وجهًا - واختاره - أن بطلانه لاشتراط عدم المهر

قال . وهو الذي عليه قول الإمام أحمد رحمه الله ، وقدماه أصحابه ، كالحلال وصاحبه

تنبيه : مراده بقوله « إن سموا مهراً صح » أن يكون المهر مستقلاً ، غير قليل ولا حينه نص عليه

وقيل يصح إن كان مهر مثل ، وإلا فلا

على المذهب : لو سمى لإحداهما مهر ، ولم يسم للأخرى شيء فسد نكاح من لم يسم لها صداق لاغير .

قال المصنف ، والشارح : وهذا أولى .

وقال أبو بكر : يفسد النكاح فيهما .

وجزم به فى الرعاية الصغرى . وقدمه فى الكبرى .

فائدة : لو جعلا بُضع كل واحدة ودراهم معلومة صداق الأخرى : لم يصح على الصحيح .

وقيل : يبطل الشرط وحده .

قوله ﴿ الثاني: نِكاحُ المُحَلِّلِ . وهُو أنْ يَتزوَّجها على أنَّهُ إذا أحَلَّها طَلَّقَها ﴾ .

الصحيح من المذهب : أن نكاح المحلل باطل مع شرطه . نص عليه وعليه الأصحاب . وعنه يصح العقد ويبطل الشرط ذكرها جماعة .

قال الزركشي . وخرج القاضي أبو الخطاب رواية ببطلان الشرط وصحة العقد من اشتراط الخيار .

وخرجها ابن عقيل من الشروط الفاسدة .

قوله ﴿ فإنْ نَوَى ذلك مِنْ غيرِ شَرْطٍ : لم يصِحَّ أيضًا ، فى ظاهِرِ المذهبِ ﴾ .

قال الزركشي : نص عليه وعليه الأصحاب وهو كما قال .

وقيل : يكره ، ويصح . وذكره القاضي .

وحكاه الشريف ، وأبو الخطاب — ومن تبعهما — رواية .

ومنع ذلك الشيخ تقي الدين رحمه الله

ويؤخذ من الصحيح من المذهب : أنه لايعتبر أن يكون الشرط فى العقد .

فلو نوى قبل العقد، ولم يرجع عنها : فهو نكاح محلل . وإن رجع عنها ، ونوى عند العقد أنه نكاح رغبة : صح .

قاله المصنف وغيره .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وكلام غيره : أن المرأة إذا علمت ذلك لا يؤثر في العقد . وهو الصحيح .

وقال في الواضح : نيتها كنيته .

وقال في الروضة : نكاح المحلل باطل إذا اتفقا .

وإن اعتقدت ذلك باطلا ، ولم نظهره : صح في الحكم . وبطل بينها وبين الله تعالى . انتهى .

ويصح النكاح إلى الممات . قاله الأصحاب .

فائدة لو اشترى عبداً وزوجه مطلقته ثلاثاً ، ثم وهبه العبد أو باعه ، ليصح نكاحها : لم يصح .

قال الإمام أحمد رحمه الله إذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يراجعها ، فاشترى عبداً وزوجه بها : فهذا الذي نهى عنه عمر رضي الله عنه . يؤدبان جميعاً وهذا فاسد ليس بكفء . وهو شبه المحلل .

قال في الفروع : وتزوجه المطلقة ثلاثاً لسيده بنية هبته ، أو بيعه منها ، ليصح النكاح : كنية الزوج ومن لا فرقة بيده . ولا أثر لنيته .

وقال ابن عقيل في الفنون — فيمن طلق زوجته الأمة ثلاثاً ، ثم اشتراها لتسعفه على طلاقها . — حِلُّه بعيد في مذهبنا . لأنه يقف على زوج وإصابة ومتى زوجها — مع ما ظهر من تسعفه عليها — لم يكن قصده بالنكاح إلا التحليل . والقصد عندنا يؤثر في النكاح . بدليل ما ذكره أصحابنا : إذا تزوج العربي بنية طلاقها إذا خرج من البلد : لم يصح . ذكره في الفروع .

قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل

وقال العلامة ابن القيم في أعلام الموقعين : لو أخرجت من مالها ثمن مملوك ، فوهبته لبعض من تثق به فاشترى به مملوكا ، ثم خطبها على مملوكه ، فزوجها منه . فدخل بها المملوك ، ثم وهبها إياه انفسخ النكاح ولم يكن هناك تحليل مشروط ولا منوى ممن تؤثر نيته وشرطه . وهو الزوج فإنه لا أثر لنية الزوجة ، ولا الولي ،

قال : وقد صرح أصحابنا بأن ذلك يحلها .

فقال في المغني : فإن تزوجها مملوك ووطئها أحلها انتهى .

وهذه الصورة غير التي منع منها الإمام أحمد رحمه الله فإنه منع من حلها إذا كان المطلق الزوج واشترى العبد وزوجه بإذن وليها ليحلها انتهى

قوله (الثَّالِثُ : نِكَاحُ الْمُتْعَةِ وَهُوَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا إِلَى مُدَّةٍ) .

الصحيح من المذهب : أن نكاح المتعة لا يصح . وعليه الإمام أحمد رحمه الله ، والأصحاب

وعنه : يكره ويصح . ذكرها أبو بكر في الخلاف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، وقال : رجع عنها الإمام أحمد رحمه الله .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : توقف الإمام أحمد رحمه الله عن لفظ « الحرام » ولم ينفه .

قال المصنف ، والشارح : وغير أبي بكر يمنع هذا ، ويقول : المسألة رواية واحدة

وقال في المحرر : ويتخرج أن يصح ، وبلغو التوقيت

فائدة . لو نوى بقلبه ، فهو كما لو شرطه على الصحيح من المذهب . نص عليه وعليه الأصحاب .

قال في الفروع : وقطع الشيخ فيها بصحته مع النية . ونصه ، والأصحاب على خلافه . انتهى .

وقيل : يصح وجزم به في المغني ، والشرح ، وقالا : هذا قول عامة أهل العلم ، إلا الأوزاعي ، كما لو نوى : إن وافقته وإلا طلقها .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لم أر أحداً من الأصحاب قال : لا بأس به وماقاس عليه لاريب أنه موجب العقد ، بخلاف ماتقدم فإنه ينافيه لقصده التوقيت .

قوله ﴿ وَنِكَاحٌ شَرَطَ فِيهِ طَلَاقَهَا فِي وَقْتٍ ﴾ .

الصحيح من المذهب : أنه إذا شرط في النكاح طلاقها في وقت : حكمه حكم نكاح المتعة . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

ويتخرج أن يصح النكاح ، ويبطل الشرط . قاله المصنف ، والشارح .

قوله ﴿ أَوْ عَلَّقَ ابْتِدَاءَهُ عَلَى شَرْطٍ كَقَوْلِهِ : زَوَّجْتُكَ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ ، أَوْ إِنْ رَضِيَتْ أُمُّهَا ﴾ .

الصحيح من المذهب : بطلان العقد في ذلك وشبهه

قال في الفروع : إذا علق ابتداءه على شرط : فسد العقد ، على الأصح ، كالشرط وصححه المصنف ، والشارح . وجزم به في الوجيز ، وغيره .

قال في المحرر ، وغيره : ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : العقد صحيح وتقدم القاضي ، وأبو الخطاب

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله ذكر القاضي وغيره روايتين والأنص من كلامه : جوازه .

قال ابن رجب : ورواية الصحة أقوى

قال في الفائق : ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل .

وعنه : يصح . نصره شيخنا . وهو المختار . انتهى .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : قوله في المحرر « ولا يصح تعليقه بشرط مستقبل » أظن قصد بذلك الاحتراز عن تعليقه بمشيئة الله تعالى . ودخل في

ذلك قوله إذا قال « روحتك هذا المولود إن كان أنثى » أو « روحتك متى إن كانت انقضت عدتها » أو « إن لم تكن روحت » ونحو ذلك من الشروط الحاضرة والماضية .

وكذلك ذكر الجد الأعلى[1] : أنه لا يجوز تعليقه على شرط مستقبل ولم أر لغيرهما انتهى .

وتقدم كلام ابن رجب في قواعده في أول « باب أركان النكاح » فليراجع .

قوله (النَّوْعُ الثَّانِي: أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا وَلَا نَفَقَةَ ، أَوْ أَنْ يَقْسِمَ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ امْرَأَتِهِ الْأُخْرَى أَوْ أَقَلَّ . فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ . وَيَصِحُّ النِّكَاحُ) .

وكذا لو شرط أحدهما عدم الوطء . وهذا المذهب . نص عليهما

وصححه في التصحيح ، وغيره . وحرم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع .

واختاره ابن عبدوس في تذكرته ، وغيره .

وقيل : يبطل النكاح أيضاً .

وقيل : يبطل إذا شرطت عليه أن لا يطأها .

قال ابن عقيل في مفرداته ذكر أبو بكر - فيما إذا شرط أن لا يطأ ، أو أن لا ينفق ، أو إن فارق رجع بما أنفق - : روايتين . يعني في صحة العقد .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ويحتمل صحة شرط عدم النفقة

قال - لاسيما إذا قلنا : إنه إذا أعسر الزوج وعجزت عنه أنها لا تملك المطالبة بالنفقة بعد

و حذر - فيما إذا شرط أن لا مهر - فساد العقد ، وأنه قول أكثر السلف

---

(١) هو جد شيخ الإسلام ابن تيمية . وعنه يعبر المجد عند السلام .

واختار أيضاً الصحة فيما إذا شرط عدم الوطء ، كشرط ترك ما تستحقه .

وقال أيضاً : لو شرطت مقام والدها عندها ، ووفقه على الزوج : كان مثل اشتراط الزيادة فى الصداق ويُرْجَع فى ذلك إلى العرف ، كالأجير بطعامه وكسوته .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : أَنْ يَشْتَرِطَ الْخِيَارَ ، أَوْ إِنْ جَاءَهَا بِالْمَهْرِ فِى وَقْتِ كَذَا وَإِلَّا فَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ ﴾ .

هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

واختاره ابن عبدوس ، وغيره

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : صحة الشرط . نقلها ابن منصور وعَدَّها القاضى .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : صحة العقد والشرط ، فيما إذا شرط الخيار .

قوله ﴿ وفى صِحَّةِ النِّكَاحِ رِوَايَتَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والكافى ، والمغنى فى الثانية ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع .

إحداهما : يصح . وهو مذهب صححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله فيما إذا شرط الخيار . كما تقدم عنه .

والرواية الثانية : لا يصح . وقدمه فى المغنى فى الأولى .

فائدة : لو شرط الخيار فى الصداق . فقيل : هو كشرط الخيار فى النكاح على ما تقدم

وقيل : يصح هنا . وأطلقهما فى الفروع .

وقطع المصنف ، والشارح ، بصحة النكاح ، على ما تقدم وهو الصواب .

وأطلق فى الصداق ثلاثة أوجه :

صحة الصداق ، مع بطلان الخيار وصحة الصداق ، وثبوت الخيار فيه .

وبطلان الصداق .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَهَا كِتَابِيَّةً : فَبَانَتْ مُسْلِمَةً ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ﴾ .

هذا المذهب . صححه المصنف ، والشارح ، والناظم ، وغيرهم .

واختاره ابن عبدوس وغيره

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدبى ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، والكافى .

وقال أبو بكر : له الخيار . وقاله فى الترغيب .

قال الناظم : وهو بعيد .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم

فائدة : وكذا الحكم لو تزوجها يظنها مسلمة ، ولم تعرف بتقدم كفر .

فبانت كافرة . قاله فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم .

وأطلقوا الخلاف هنا ، كما أطلقوه فى التى قبلها : فى الشرح ، والرعاية ، والفروع ، وغيرهم .

وجزم هنا فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم : أن له الخيار

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَهَا أَمَةً ، فَبَانَتْ حُرَّةً . فَلَا خِيَارَ لَهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الجمهور .

قال فى الفروع : فلا فسخ فى الأصح .

وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعاية ، والوجيز ، وغيرهم

وقيل : له الخيار .

فائدة : وكذلك الحكم فى كل صفة شرطها ، فبانت أعلا منها عند الجمهور

وقال فى المستوعب إن شرطها ثيباً ، فبانت بكراً : فله الفسخ .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَها بِكْرًا ، أَوْ جَمِيلَةً ، أَوْ نَسِيبَةً ، أَوْ شَرَطَ نَفْيَ العُيُوبِ الَّتِي لا يَنْفَسِخُ بِهَا النِّكَاحُ ، فَبَانَتْ بِخِلَافِهِ . فَهَلْ لَهُ الخِيَارُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

وهما روايتان وأطلقهما فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع والحاوى الصغير ، وابن رزين فى غير البكر .

إحداهما : له الخيار واختاره صاحب الترغيب ، والندمة ، والسالم ، وابن عبدوس فى تذكرته ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وقدمه فى الرعايتين وهو الصواب

والثانى : ليس له الخيار . جزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وقدمه ابن رزين فى البكر . وجزم به فى المستوعب فى النسيبة .

وقيل : له الخيار فى شرط النسب خاصة إذا فقد .

وقال فى الفنون — فيما إذا شرطها بكراً ، فبانت بخلافه — يحتمل فساد العقد لأن لنا قولا — إذا تزوجها على صفة فبانت بخلافها — ببطلان العقد .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ويرجع على العار .

فائدة : إذا شرطها بكراً — وقلنا : ليس له خيار — فاختار ابن عقيل فى الفصول ، وقاله فى الإيضاح : إنه يرجع بما بين المهرين .

قال فى الفروع : ويتوجه مثله بقية الشروط .

قلت : وهو الصواب فى الجميع .

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَ أَمَةً يَظُنُّهَا حُرَّةً ﴾

وكذا لو شرطها حرة فبانت أمة

﴿فأصابها وولدت منه فالولد حر. ويفديهم بمثلهم يوم ولادتهم، ويرجع بذلك على من غره ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الإماء. وإن كان ممن يجوز له ذلك: فله الخيار. فإن رضي بالمقام معها، فما ولدت بعد ذلك: فهو رقيق﴾

اعلم أنه إذا تزوج أمة يظنها حرة، أو شرطها حرة — واعتبر في المستوعب مقارنة الشرط للعقد. واختاره قبله القاضي — فبانت أمة، فلا يخلو: إما أن يكون ممن يجوز له نكاح الإماء أولا

فإن كان ممن لا يجوز له نكاح الإماء فالمذهب: أن النكاح باطل، كما لو علم بذلك. وعليه الأصحاب. وقطعوا به. وقدمه في الفروع، وقال: وعند أبي بكر يصح. فلا خيار.

واعلم أن قول أبي بكر: إنما حكي عنه فيما إذا شرطها أمة فبانت حرة. كما تقدم.

وذكر القاضي في الجامع: أنه قياس قوله «فيما إذا شرطها كتابية فبانت مسلمة» ثم فرق بينهما.

فالذي نقطع به: أن نقل صاحب الفروع هنا عن أبي بكر: إنما سهو، أو يكون هنا نقص. وهو أولى.

ويدل على ذلك: أنه قال بعده. وبناه في الواضح على الخلاف في الكفاءة فهذا لا يلائم المسألة. والله أعلم

وإن كان ممن يجوز له نكاح الإماء: فله الخيار. كما قال المصنف

وظاهره وظاهر كلام جماعة: إطلاق الظن. فيدخل فيه: ظنه أنها حرة الأصل أو عتيقة.

وقطع فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى ، والمنور ، والفروع وغيرهم : أنه لاخيار له إذا ظنها عتيقة وهذا المذهب ولعله مراد من أطلق .

وظاهر كلام الزركشى : التفاق بين العبارتين .

وقدم فى الترغيب : أنه لو ظنها حرة لاخيار له .

وقيل : لاخيار لعبد وهو احتمال فى المغنى ، والشرح

وقيل : لا فسخ مطلقاً . حكاه فى الرعاية الصغرى .

فإذا اختار المقام تقرر عليه المهر المسمى كاملا . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يسقط قدر مهر المثل إلى مهر المثل كاملا . فيكون له بقدر نسبته من المسمى ، يرجع به على من غره .

فائدة : لو أبيح للحر نكاح أمة ، فنكحها ، ولم يشترط حرية أولاده : فهم أرقاء لسيدها . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب

وعنه : أن ولد الحر لا يكون حراً . وعلى أبيه فداؤه . ذكره الزركشى فى آخر كتاب النفقات على الأقارب .

وإن شرط حرية الولد ، فقال فى الروضة ـ فى إرث غُرَّة الجنين ـ : إن شرط رق الأمة حرية الولد : كان حراً . وإن لم يشرط : فهو عبد انتهى .

ذكره فى الفروع فى أواخر « باب مقادير ديات النفس » .

قال ابن القيم رحمه الله فى أعلام الموقعين ـ فى الجزء الثالث فى الحيل ـ المثال الثالث والسبعون : إذا شرط الزوج على السيد حرية أولاده : صح . وما ولدته فهم أحرار

قوله ﴿ وَالْوَلَدُ حُرٌّ ﴾

هذا المذهب وعليه الأصحاب ، وقال : يعتقد حراً باعتقاده

قال ابن عقيل يعتقد حراً ، كما يعتقد ولد القرشى قرشياً .

وعنه : الولد يفدى الفداء رقيق

قوله (وَبِفِدْيِهِمْ)

هذا المذهب . قاله فى المغنى ، وغيره .

قال الشارح : وهو الصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : لا يلزمه فداؤهم .

قال الزركشى : نقل ابن منصور : لا فداء عليه ، لانعقاد الولد حراً .

وعنه : أنه يقال له « قد أولادك ، وإلا فهم يتبعون الأم » .

قال المصنف ، والشارح . ظاهر هذا أنه خيره بين فدائهم و بين تركهم رقيقاً .

فعلى المذهب : يفديهم بقيمتهم على الصحيح . اختاره المصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، وابن منجا .

وقدمه فى الفروع فى « باب الغصب » لأنه أحاله عليه وجزم به فى الوجيز .

وعنه : يفديهم بمثلهم فى القيمة . قدمه فى الفائق . واختاره أبو بكر

قاله المصنف ، والشارح . ويحتمله كلام المصنف هنا

وعنه : يفديهم بأيهما شاء . اختاره أبو بكر فى المقنع .

وعنه : يفديهم بمثلهم فى صفاتهم نقرساً اختاره الخرقى ، والقاضى ، وأصحابه .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

والخلاف هنا كالخلاف المذكور فى باب الغصب ، فيما إذا اشترى الجارية من الغاصب ، أو وهبها له ، ووطئها وهو غير عالم . قال الأصحاب أحاله عليه .

قوله (يَوْمَ وِلَادَتِهِمْ) .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه وقت الخصومة .

فائدتان

إحداهما : لا يضمن منهم إلا من ولد حيّاً في وقت يعيش مثله ، سواء عاش أو مات بعد ذلك .

الثانية : ولد المكاتبة مكاتب ويعرم أوه قيمته ، على الصحيح من الروايتين

والمنتقى بعضهم : يجب لها البعض فسقط وولدها يعرم أوه قدر رقه .

تنبيه : قوله ﴿ فَمَاتَتْ أَمَةٌ ﴾

يعني : بالنسبة لا غير . على الصحيح من المذهب

وقيل : و بإقرارها أيضاً .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ عَبْدًا ، فَوَلَدُهُ أَحْرَارٌ وَيَهْدِيهِمْ إِذَا عَتَقَ ﴾ .

فيكون الفداء متعلقاً بذمته . وهو المذهب .

عرم به الخرقي ، وصاحب الوجيز ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي وغيرهم . وقدمه في الفروع ، وشرح ابن منجا .

وقيل : يتعلق برقبته . وهو رواية في الترغيب .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله وهذا هو المتوجه قولاً واحداً . لأنه ضمان جناية محضة

وأطلقهما في المنتقى ، والشرح .

وقيل : يتعلق بكسبه فيرجع به سيده في الحال .

قوله ﴿ وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ﴾ .

بلا نزاع ، كأمره بإتلاف مال غيره بأنه له . فلم يكن له ذكره في الواضح .

لكن من شرط رجوعه على من غره . أن تكون قد شرط له أنها حرة مطلقاً على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : إن كان الشرط مقارنا للعقد : رجع ، وإلا فلا

اختاره القاضي . وقطع به في المستوعب ، فقال « الشرط الثالث : أن يشترط حريتها في نفس العقد فأما إن تقدم ذلك على العقد : فهو كما لو تزوجها مطلقاً من غير اشتراط الحرية . فلا يثبت له خيار الفسخ » انتهى .

وقال في المغني ، والشرح : ويرجع أيضا بذلك على من غره ، مع إيهامه مقارنة حريتها .

وفي المغني أيضاً : ولو كان الغار أجنبياً كوكيله .

قال في الفروع وما ذكره في المغني : هو إطلاق نصوصه . وقاله أبو الخطاب .

وقاله أيضاً فيما إذا دلس غير البائع .

قال الزركشي : وظاهر كلام أحمد رحمه الله — في رواية حرب — يقتضي الرجوع مع العلم وهو اختيار أبي محمد ، وأبي العباس . إذ الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يستفصلوا .

ويحقق ذلك أن الأصحاب لم يشترطوا ذلك في الرجوع في العيب انتهى .

فائدة : لمستحق الدم ، مطالبة الغار ابتداء . نص عليه . وجزم به في المحرر ، والرعايتين ، والفروع ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

قال في الرعاية ، قلت : كما لو مات عبداً أو عتيقاً أو معسراً .

وحمل الشيخ تقي الدين رحمه الله : في المسألة روايتين .

قال ابن رجب : وكذلك أشار إليه جده في تعليقه على الهداية .

قال ابن رجب رحمه الله : وهو الأظهر .

ويرجع هذا إلى أن المغرور : هل يطالب ابتداء بما يستقر ضمانه على الغار ، أم لا يطالب به سوى الغار ؟ كما نص عليه في رواية جماعة هنا

ومتى قلنا : يخير بين مطالبة الزوج والغار ، فلا فرق بين أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً ، أو يكونا موسرين

وإن قلنا : لا يجوز سوى مطالبة الصغار ابتداء ، وكان الغار معسراً والآخر موسراً : فهل يطالب هنا ؟ فيه تردد .

وقد تشبه المسألة بما إذا كانت عاقلة القاتل حطاً ممن لا تحمل العقل . فهل يحمل القاتل الدية ، أم لا ؟ انتهى .

تنبيهان

الأول : سكوت المصنف عن ذكر المهر يدل على أنه لا يرجع به . وهو إحدى الروايتين اختاره أبو بكر .

قال القاضي : الأظهر أنه لا يرجع . لأن الإمام أحمد رحمه الله قال : كنت أذهب إلى حديث علي رضي الله عنه ثم هِبْتُه . وكأني أميل إلى حديث عمر رضي الله عنه ، لحديث علي رضي الله عنه بالرجوع بالمهر وحديث عمر رضي الله عنه بعدمه .

والرواية الثانية : يرجع به أيضاً . اختاره الخرقي .

قال الزركشي : اختاره القاضي ، وأبو محمد ـ يعني به المصنف ـ وغيرهما .

وقدمه في المستوعب ، والمغني ، والشرح ، والزركشي ، وغيرهم .

قلت : وهو المذهب .

على هذه الرواية . يجب المهر المسمى على الصحيح من المذهب

وعنه : مهر المثل . اختاره المصنف .

وبنى ذلك في آخر كتاب الصداق في النكاح الفاسد .

الثاني قوله ﴿ وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ﴾

إن كان الغار السيد : عتقت إذا أتى بقطع الخرية ، ورأت المسألة .

وإن كان غير لفظ الحرية . لم تعتق ، ولم يجب له شيء إذ لا فائدة في وجوب شيء له ، ويرجع به عليه

لكن إن قلنا : إن الزوج لا يرجع بالمهر ، وجب للسيد . وإن كان الغار للأمة رجع عليها على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب ، واختاره القاضي ، وغيره وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع

وقيل : لا يرجع عليها . وأطلقهما الزركشي .

نقل ابن الحكم لا يرجع عليها .

قال المصنف ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : لا يرجع عليها .

قال الزركشي : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله في رواية جماعة : لا يرجع عليها .

فعلى الأول : هل تتعلق بذمتها ، أو برقبتها ؟ فيه وجهان وأطلقهما في الفروع

قال المصنف ، والشارح ، وابن رزين في شرحه ، والزركشي : هل يتعلق برقبتها أو بذمتها ؟ على وجهي استدانة العبد بدون إذن سيده .

وتقدم ذلك في أواخر « باب الحجر » وأن الصحيح . أنه يتعلق برقبته .

وقال القاضي : قياس قول الخرقي : أنه يتعلق بذمتها . لأنه قال في الأمة — إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها — يتبعها به إذا عتقت . فكذا هنا .

وإن كانت الغارة مكاتبة : فلا مهر لها في أصح الوجهين

قاله في الفروع وجزم به في المغني ، والشرح

وإن كان الغار أجنبياً ، فالصحيح من المذهب : أنه يرجع عليه .

ونص عليه في رواية عبد الله ، وصالح .

وعليه جماهير الأصحاب . وقطعوا به .

وظاهر كلام القاضي : عدم الرجوع عليه فإنه قال : الغار وكيلها ، أو هي نفسها . قاله الزركشي

وإن كان الغار الوكيل رجع عليه في الحال

و إن كان العرر منه ومن وكيلها : فالضمان بينهما نصفان قاله فى المستوعب وغيره .

ويأتى نظيرها فى العرر بالعيب .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَتْ رَجُلاً عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ ، أَوْ تَظُنُّهُ حُرًّا فَبَانَ عَبْدًا ، فَلَهَا الْخِيَارُ ﴾ .

بلا نزاع ونص عليه

ولكن لو شرطت صفة غير ذلك ، فبان أقل منها فلا خيار لها . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لو شرطته نسيباً ، فبان مجلوباً بكفاءة ، فلم تكن : فلا فسخ لها .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : فى النسب ، ولو كان مماثلا لها .

وفى الجامع الكبير : وغيره شرط حرية ونسب .

واختاره الشيخ تقى الدين ، كشروطه وأولى . لملكه طلاقها .

قوله ﴿ وَإِنْ عَتَقَتِ الأَمَةُ وَزَوْجُهَا حُرٌّ : فَلاَ خِيَارَ لَهَا فِى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ﴾

وهو المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : وهو المذهب المنصوص ، والمختار بلا ريب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وصححه المجد ، والناظم ، وغيرهما .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والهدايه ، وغيرهم

وعنه : لها الخيار . وقدمه فى المحرر .

وهو ظاهر ما جزم به فى المنور وهما وجهان مطلقان فى الخلاصة

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله وغيره : أن لها الخيار فى الفسخ تحت حر . وإن كان زوج بريرة عبداً لأنها ملكت رقبتها فلا يملك عليها إلا باختيارها وأتى قريباً « إذا عتق بعضها أو بعضه : هل ثبت لها الخيار أم لا ؟ » .

فائدة . لو عتق العبد وتحته أمة : فلا خيار له ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وفى الانتصار : احتمال بأن له الخيار وحكاه عن الإمام الشافعى رحمه الله .

وفى الواضح : احتمال بانفساخ ، بناء على غناه عن أمة بحرة .

وذكر غيره وجهان إن وجد طولا .

وفى الواضح أيضاً احتمال بطلان سببه على الرواية فيما إذا استغنى عن نكاح الأمة بحرة . فإنه يبطل .

وتقدم ذلك فى الكفاءة قبل قوله « والعرب بعضهم لبعض أكفاء » .

على المذهب . قال المصنف ، والشارح . لا خيار له لأن الكفاءة تعتبر فيه لا فيها فلو تزوج امرأة معتقة فبانت أمة : فلا خيار له ولو تزوجت رجلاً مطلقاً . فبان عبداً . فلها الخيار . فكذلك فى الاستدامة .

قال فى الفروع : كذا قال

قوله ﴿ وإن كان عبداً فلها الخيار ﴾ .

بلا نزاع فى المذهب .

وحكاه ابن المنذر ، وابن عبد البر ، وغيرهما : إجماعاً .

﴿ فلها الفسخ بغير حكم حاكم ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ وإن عتق قبل فسخها ، أو مكنته من وطئها : بطل

خِيَارُهَا . فَإِنِ ادَّعَتِ الْجَهْلَ بِالْعِتْقِ ـ وَهُوَ مِمَّا يَخْفَى جَهْلُهُ ـ أَوِ الْجَهْلَ بِمِلْكِ الْفَسْخِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا » .

إذا عتقت قبل فسخها : سقط خيارها . على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب

وقال الزركشي ، وقيل إنه وقع للقاضي ومن تبعه مما يقتضي : أنه لا يسقط وبقي قولاً في كلام المصنف « إذا علمت هذا » .

وأما إذا مكنته من وطئها مختارة ، وادعت الجهل بالعتق ـ وهي ممن يخفى خفاء ذلك عليها ، مثل أن تعتقه وهو في بلد آخر ونحوه ، أو ادعت الجهل بملك الفسخ ـ فقدم المصنف هنا قبول قولها ، وتكون مع يمينها . ولها الخيار وهو إحدى الروايتين .

وحكاه المصنف في المغني عن القاضي وأصحابه .

وحكاه في الكافي عن القاضي ، وأبي الخطاب .

وحكاه في الشرح عن القاضي . وهو قول في الرعاية . واختاره جماعة .

وجزم به في منسوك المذهب ، والمنور .

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادي الصغير .

قال في الرعاية الصغرى : فيه الفسخ في الأصح .

وقال الخرقي : سقط خيارها ، علمت أو لم تعلم . وهو المذهب . نص عليه في رواية الجماعة فيهم .

قال الزركشي : هذا نص الروايتين ، واختيار الخرقي ، وابن أبي موسى ، والقاضي في المجرد ، وابن عقيل . وقدمه في المغني ، والشرح

ونص عليهما وطء الصغيرة المجبوبة على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يسقط خيارها على الروايتين .

وقيل : إن ادعت جهلا بعتقه : فلها الفسخ

فإن ادعت جهلا بملك الفسخ : فليس لها الفسخ . وجزم به في الوجيز . وجزم به في المحرر ، في الأولى . وأطلق في الثانية الروايتين .

وقال الزركشي : تقبل دعواها الجهل بالعتق فيما إذا وطئها ، والخيار بحاله . هذا المذهب المشهور لعامة الأصحاب

وعن القاضي في الجامع الكبير : يبطل خيارها .

وقال في الرعاية الكبرى : فإن لم تختر ، حتى عتق ، أو وطئ طوعاً ، مع علمها بالخيار : فلا خيار لها . وكذا مع جهلها به .

وقيل : لا يبطل . فإن لم تعلم هي عتقها حتى وطئها : فوجهان

فإن ادعت جهلاً بعتقه ، أو بعتقها ، أو بطلب الفسخ ، ومثلها يجهله : فلها الفسخ إن حلفت .

وعنه : لا فسخ . انتهى .

تنبيه : قوله ﴿ وإن ادَّعتِ الجَهْلَ بِالعِتْقِ ، وَهُوَ مِمَّا يَجُوزُ جَهْلُهُ ﴾ .

هذا الصحيح .

وقيل : ما لم يخالفها ظاهر .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما في الفروع

فوائد

إحداها : حكم مباشرته لها حكم وطئها ، وكذا تقبيلها ، إذ مناطها ما يدل على الرضى . قاله الزركشي . وهو صحيح .

الثانية : يجوز للزوج الإقدام على الوطء ، إذا كانت غير عالمة .

قال المجد في شرحه : قياس مذهبنا جوازه .

قال في القاعدة الرابعة والخمسين . وفيما قاله نظر . والأظهر : تخريجه على الخلاف .

يعني الذي ذكره في أصل القاعدة . فإنه لا يجوز الإقدام عليه .

الثالثة : لو بذل الزوج لها عوضاً على أنها تختاره : جاز . نص عليه في رواية مهنا . ذكره أبو بكر في الشافي .

قال ابن رجب رحمه الله وهو راجع إلى صحة إسقاط الخيار بعوض .

وصرح الأصحاب بجوازه في خيار البيع .

الرابعة : قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لو شرط المعتق عليها دوام النكاح تحت حر أو عبد ، إذا أعتقها ، فرضيت : لزمها ذلك .

قال : ويقتضيه مذهب الإمام أحمد رحمه الله ، فإنه يجوز العتق بشرط

قال في القاعدة الرابعة والثلاثين . إذا عتقت الأمة المزوجة : لم تملك فسخ البضع ، إنما يثبت لها الخيار تحت العبد .

قال : ومن قال بسراية العتق ، قال : قد ملكت بضعها فلم يبق لأحد عليها ملك . فصار الخيار لها في القديم وعندهم ، حراً كان أو عبداً

قال : وعلى هذا لو استثنى منفعة بضعها للزوج : صح . ولم تملك الخيار ، حراً كان أو عبداً . ذكره الشيخ .

قال : وهو مقتضى المذهب انتهى .

والظاهر أنه أراد بالشيخ : الشيخ تقي الدين ، أو سقط ذكره في الكتابة

قوله ﴿ وَخِيَارُ الْمُعْتَقَةِ عَلَى التَّرَاخِي ، مَالَمْ يُوجَدْ مِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَى ﴾ .

بلا خلاف في ذلك .

وذكر صاحب العيب : هل هو على التراخي أو على الفور ؟ في أواخر الباب الآتي سد هذا .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً ، أَوْ مَجْنُونَةً ، فَلَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ وَعَقَلَتْ ﴾ .

أنه ليس لها خيار قبل البلوغ . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والحاوى ، وغيرهم وقدمه فى الرعايتين .

وقيل : لها الخيار إذا بلغت تسعاً . وهو المذهب .

قال فى الفروع : إذا بلغت سنا يعتبر قولها فيه : خيرت

وذكره القاضى فى المجرد وجزم به فى المستوعب وصرح بأنها ست تسع .

وكذا صرح به ابن البنا فى العقود ، فقال : إذا كانت صغيرة فبلغت ، فهى على الزوجية إلى أن تبلغ حدّ يصح إذنها وهى التسع سنين فصاعداً انتهى

وقال ابن عقيل : إذا بلغت سبعاً ، بتقديم السين .

وقال الشيخ تقى الدين اعتبار صحة إذنها بالتسع أو السبع . ضعيف لأن هذا ولاية استقلال . وولاية الاستقلال لا تثبت إلا بالبلوغ ، كالعفو عن القصاص ، والشفعة ، وكالبيع . بخلاف ابتداء العقد فإنه يتولاه الولى بإذنها . فتجتمع الولايتان . وبينهما فرق . انتهى .

قوله ﴿ فَإِنْ طَلَّقَتْ قَبْلَ اخْتِيَارِهَا : وَقَعَ الطَّلَاقُ . وَبَطَلَ خِيَارُهَا ﴾

يعنى إذا كان طلاقا بائنا .

وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم

قال القاضى : طلاقه موقوف فإن اختارت الفسخ : لم يقع ، وإلا وقع .

وقيل : هذا من جهة عتقها

وأطلق فى الترغيب فى وقوعه وجهين

قوله ﴿ وَإِنْ عَتَقَتِ الْمُعْتَدَّةُ الرَّجْعِيَّةُ فَفِيهَا الْخِيَارُ ﴾ .

بلا نزاع ، سواء عتقت ثم طلقت ، أو طلقت ثم عتقت فى عدتها . فإن رضيت بالمقام ، فهل يبطل خيارها ؟ على وجهين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح

أحدهما : يبطل . وهو المذهب . اختاره المصنف وغيره

وصححه فى التصحيح ، والمذهب ، فقال : سقط خيارها فى أصح الوجهين .

قال الناظم - هذا أشهر الوجهين . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

والوجه الثانى : لا يبطل خيارها .

قوله ﴿ وَمَتَى اخْتَارَتِ الْمُعْتَقَةُ الْمُرْتَفَةَ بَعْدَ الدُّخُولِ : فَالْمَهْرُ لِلسَّيِّدِ ﴾

بلا نزاع ، سواء كان مسمى المهر ، أو مهر المثل إن لم يكن مسمى

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَلَا مَهْرَ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والحاوى الصغير .

وقال أبو بكر : لسيدها نصف المهر .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله نقلها مهنا .

وجزم به فى الرعايتين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والنبذة .

فعليها إن لم يكن فرض : وجبت المتعة ، حيث يجب ، لوجوبه له فلا يسقط بفعل غيره .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، وَهُوَ مُعْسِرٌ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب نص عليه اختاره ابن أبي موسى ، والقاضي ، والمصنف ، وغيرهم .

قال في مسبوك الذهب : لم يثبت لها خيار في ظاهر المذهب

قال الزركشي : هذه الرواية هي المختارة من الروايتين .

وجزم به الخرقي ، وصاحب الخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وعنه حكمها حكم عتقها كلها . واختاره أبو بكر في الخلاف

وأطلقهما في الهداية ، والمستوعب ، والبلغة .

فعلى المذهب : لو زوج مدبرة له لا يملك غيرها ـ قيمتها مائة ـ بعبد على مائتين مهراً ، ثم مات السيد عتقت ، ولا فسخ لها قبل الدخول ، لئلا يسقط المهر ، أو تنصف فلا تخرج من الثلث ، فيرق بعضها فيمتنع الفسخ

ذكره في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قلت فيعايى بها .

وهي مستثناة من كلام المصنف وغيره ممن أطلق .

فائدة : لو عتقت الأمة وزوجها بعضه حر معتق : فلا خيار لها . قدمه في الفروع .

وقيل : لها الخيار جزم به في الترغيب ، والرعاية الكبرى .

فلو عتق بعضها ، والزوج بعضه معتق ، فلا خيار لها على الصحيح قدمه في الفروع .

وعنه : لها الخيار .

وعنه : لها الخيار إن كانت حريتها أكثر .

وصحح في البلغة ، والرعاية الكبرى : عدم الخيار إذا كانا متساويين في الحرية

وقدمه فى الرعاية الصغرى .

وأطلق فيها إذا تساويا فى العتق ـ فى الحاوى الصغير ـ وجهين .

قوله ﴿ وإنْ عتقَ الزَّوْجَانِ معًا . فلا خِيَارَ لَهَا ﴾ .

يعنى إذا قلنا الاختيار للمعتقة تحت حر وهذا المذهب .

قال القاضى ، فى بعض كتبه : هذا قياس المذهب .

واختاره أبو بكر ، والمصنف ، والمجد ، والشارح ، وغيرهم

وصححه فى التصحيح ، والحاوى

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : هذا أصح الروايتين .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : لها الخيار .

وقال الزركشى : هى أصحهما .

وصححها القاضى فى كتاب الروايتين . وهى قول فى الرعاية وقدمه فى المحرر

قال فى القاعدة السادسة والخمسين : فيه روايتان منصوصتان .

وعنه : ينفسخ نكاحها بقدر الحرية .

قال المصنف فى المغنى : ومعناه ـ والله أعلم ـ أنه إذا وهب لعبده سرية ، وأذن له فى التسرى بها . ثم أعتقهما جميعاً : صارا حرين وخرجت عن ملك العبد فلم يكن له إصابتها إلا بنكاح جديد .

هكذا روى جماعة عن أحمد به ، فيمن وهب لعبده سرية ، أو اشترى له سرية ، ثم أعتقها : لا يقربها إلا بنكاح جديد

وأما إذا كانت امرأته ، فعتقت لم ينفسخ نكاحه بذلك لأنه إذا لم ينفسخ باعتاقها وحدها فمثلاً ينفسخ باعتاقهما معاً أولى

ويحتمل أن الإمام أحمد رحمه الله إنما أراد بقوله « انفسخ نكاحهما » أن لهما فسخ النكاح .

وهذا يخرج على الرواية التي تقول : بأن لها الفسخ إذا كان زوجها حراً قبل العتق انتهى

قال العلامة ابن القيم رحمه الله : وهذا تأويل بعيد جداً من لفظ الإمام أحمد رحمه الله . فإن كلام الإمام أحمد — في رواية ابن هانئ ، وحرب ، ويعقوب بن بختان — « إذا زوج عبده من أمته ، ثم أعتقهما . لا يجوز أن يجتمعا حتى يجددا النكاح » .

فرواه الثلاثة بلفظ الواحد وهو « أنه زوج عبده من أمته » ثم قوله « حتى يجدد النكاح » مع قوله « زوج » صريح في أنه نكاح لا تسرّ

قال وللبطلان وجه دقيق ، وهو : أنه إنما زوجها بحكم الملك لهما . وقد زال ملكه عنهما . بخلاف تزويجها لعبد غيره .

ولهذا كان في وجوب المهر في هذه المسألة نزاع .

فقيل : لا يجب المهر بحال .

وقيل : يجب ويسقط .

ومنصوص : أنه يجب ويتبع به بعد العتق . بخلاف تزويجها لعبد غيره . انتهى .

باب حكم العيوب فى النكاح

قوله ﴿ فإن اختلفا فى إمكان الجماع بالباقى ، فالقول قولها ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الخلاصة ، والكافى ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى الفروع : قيل قوله فى الأصح .

ويحتمل أن القول قوله وهو لأبى الخطاب . واختاره بعض الأصحاب .

ومحله - ما لم تكن بكراً صرح به فى المحرر ، وغيره . وهو واضح . وأطلقهما فى اللمعة .

قوله ﴿ الثانى : أن يكون عنيناً لا يمكنه الوطء ﴾

العنين هو الذى لا يمكنه الوطء . على الصحيح من المذهب

وقيل - هو الذى له ذكر ولكنه لا ينتشر

قوله ﴿ فإن اعترف بذلك : أجل سنة منذ ترافعه . فإن وطىء فيها ، وإلا فله الفسخ ﴾

إذا اعترف بالعنة ، أو أقامت هى بينة به : أجل سنة . على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وقطع به أكثرهم منهم : صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمعمة ، والشرح ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم

قال فى الفروع : هذا المذهب .

قال الزركشي : هذا المذهب المنصوص ، و المختار لعامة الأصحاب انتهى .

واختار جماعة من الأصحاب : أن له الفسخ في الحال . منهم : أبو بكر في التنبيه ، والمجد في المحرر .

تنبيه : مفهوم قوله « و إن عرف بذلك أجل » أنه لو أنكر لا يؤجل مالم تقم بينة . وهو صحيح وهو المذهب اختاره القاضي في التعليق .

قال في الفروع : والأصح لا يؤجل .

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه في المستوعب ، و المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وقيل يؤجل . وقدمه في النظم .

وهو ظاهر كلام الخرقي وقدمه القاضي في التعليق أيضاً في موضع آخر .

وعنه : يؤجل المنكر .

فعلى المذهب : يحلف . على الصحيح من المذهب .

قال في الفروع : ويحلف في الأصح .

قال الزركشي : يحلف على الصحيح من الوجهين وجزم به في المنور وقدمه في المستوعب ، والمحرر ، والنظم .

وقيل : لا يحلف .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، و الرعايتين والحاوي الصغير ، وغيرهم .

قال القاضي : الوجهان مبنيان على دعوى الطلاق .

فعلى المذهب : لو نكل أجل على الصحيح من المذهب . جزم به في المنور والزركشي .

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع .

وقيل : ترد اليمين فيحلف ويؤجل .

فائدتان

إحداهما : المراد بالسنة هنا : السنة الهلالية اثنى عشر شهراً هلالياً .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : هذا هو المفهوم من كلام الفقهاء . فإنهم حيث أطلقوا « السنة » أرادوا بها الهلالية .

قال : ولكن تعليلهم بالفصول يوهم خلاف ذلك .

قال ابن رجب : وقرأت بخط والد أبي المعالي ابن منجا - يحكي عن والده - أن المراد بالسنة هنا : هي الشمسية الرومية ، وأنها هي الجامعة للفصول الأربعة التي تختلف الطبع باختلافها ، بخلاف الهلالية

قال : وما أظنه أحد ذلك إلا من تعليل الأصحاب ، لا من نص بهم به . انتهى

قلت : الخطب في ذلك يسير ، والمدة متقاربة فإن زيادة السنة الشمسية على السنة الهلالية أحد عشر يوماً وربع يوم ، أو خمس يوم .

الثانية : لو اعترفت امرأة الرجل : لم تحتسب عليه من المدة ولو عزل نفسه أو سافر احتسب عليه ذلك . ذكره في البلغة .

وذكر في محل الأدلة احتمالين هل يحتسب عليه في مدة نشوزها ، أم لا ؟

ووقع للقاضي في خلافه تردد

وذكر فيه أيضاً : أنه لا يحتسب عليه بمدة الرجعة .

تنبيه : شمل قوله (فَإِنِ اعْتَرَفَتْ أَنَّهُ وَطِئَهَا مَرَّةً : بَطَلَ كَوْنُهُ عِنِّينًا) الوطء في الحيض ، والإحرام ، وغيرهما وهو صحيح وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : لا يبطل كونه عنيناً بوطئه في الحيض والإحرام

قال القاضي : هذا قياس المذهب .

قلت : هذا ضعيف جداً .

فائدتان

إحداهما : يكفي في زوال «العُنَّة» تغييب الحشفة على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : يشترط إيلاجه جميعه قطع به القاضي في الجامع . ونقله عنه ابن عقيل .

فعلى الأول : يكفي تغييب قدر الحشفة من الذكر المقطوع قدمه في الرعاية الكبرى ، والزركشي .

وقيل : يشترط إيلاج بقيته . قاله القاضي في الجامع . وقدمه ابن رزين في شرحه . وذكر الوجهين في المجرد .

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والفروع

الثانية : لو وطئها في الردة : لم تزل به العنة

ذكره القاضي محل وفاق مع الشافعية

قلت : ظاهر كلام كثير من الأصحاب : زوالها بذلك . وهو الصواب .

قوله ﴿ وإنْ وطئها في الدُّبُرِ ، أوْ وطئ غيرَهَا : لم تَزُلِ العُنَّةُ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره القاضي ، وغيره وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والكافي ، والشرح ، والرعايتين ، وغيرهم .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أنْ تَزُولَ ﴾ وهو وجه .

قال في الحاوي : ويخرج على قول الحرقي . أنها تزول .

قال في المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب : لم تزل العنة على قول الخرقي وجزم به في المنور .

وهو مقتضى قول أبي بكر . واختاره ابن عقيل .

وهو ظاهر ماجزم به ابن عبدوس في تذكرته . فإنه قال : وتزول بإيلاج الحشفة في فرج .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما في المحرر ، والنظم ، والحاوي الصغير ، والزركشي ، والفروع .

وقال : لاختلاف أصحابنا في إمكان طريان العنة ، على ما في الترغيب ، وغيره . وعلى ما في المغني ، وغيره : ولو أمكن ، لأنه بمعناه . ولهذا جزم بأنه لو عجز لكبر ، أو مرض لا يرجى برؤه : ضربت المدة . انتهى .

قلت : وهو الصواب

قال في البلغة : اختلف أصحابنا : هل يمكن طريانها ؟ على وجهين

وينبني عليها : لو تعذر الوطء في إحدى الزوجتين ، أو كان يمكن في الدبر دون غيره .

قال في الرعايتين : وإن وطىء غيرها ، أو وطئها في الدبر ، أو في نكاح آخر : لم تزل عنته . لأنها قد تطرأ في الأصح .

وقيل : تزول ، كمن أقرت أنه وطئها في هذا النكاح

قال الزركشي : ولعل هذين الوجهين مبنيان على تصور طريان العنة .

وقد وقع للقاضي ، وابن عقيل : أنها لا تطرأ . وكلامهما هنا يدل على طريانهما

قوله ﴿ وإن ادَّعَى أنَّهُ وَطِئَهَا . وقَالَتْ : إنَّهَا عَذْرَاءُ وَشَهِدَتْ بِذَلِكَ امْرَأَةٌ ثِقَةٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ﴾ .

الصحيح من المذهب : أنه يكفي شهادة امرأة ثقة . كالرضاع . وعليه الأصحاب

قال الزركشي : هي المشهورة . وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في المستوعب ، والرعاية ، والزركشي ، وغيرهم .

وعنه : لا تقبل إلا اثنتان . وأطلقهما في المغني ، والشرح .

فلو قال « أزلت بكارتها ، ثم عادت » وأنكرت هي : كان القول قولها بلا نزاع . ويحلف . على الصحيح من المذهب .

قطع به القاضي ، وأبو الخطاب ، وابن الجوزي في المذهب ، ومسبوك الذهب والسامري في المستوعب ، وأبو المعالي في الخلاصة ، والمجد ، وغيرهم .

وقيل : لا يمين عليها . ويحتمله كلام الخرقي ، وابن أبي موسى . قاله الزركشي .

فائدة : لو تزوج بكراً ، فادعت أنه عنين ، فكذبها ، وادعى أنه أصابها ، وظهرت ثيباً ، فادعت أن ثيوبتها بسبب آخر : فالقول قول الزوج . ذكره الأصحاب .

قال في القاعدة الثالثة عشر : ويتخرج فيه وجه آخر

قوله ﴿ وإنْ كانَتْ ثيِّباً فَالقَوْلُ قَوْلُهُ ﴾ .

هذا إحدى الروايات . جزم به في العمدة ، والوجيز ، ومنتخب الأزجي ، وغيرهم .

واختاره القاضي في كتاب الروايتين ، والمصنف ، والشارح ، وابن عبدوس ، في تذكرته .

وعنه : القول قولها . وهو المذهب .

قدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال الخرقي : يخلى معها في بيت ، ويقال له : أخرج ما لك على شيء . فإن ادعت أنه ليس بمنيٍّ . جعل على النار . فإن ذاب : فهو منيٌّ ، وبطل قولها .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . نقلها مهنا ، وأبو داود ، وأبو الحارث وغيرهم .

واختارها القاضي ، والشريف ، وأبو الخطاب في خلافيهما ، والشيرازي وجزم به ناظم المفردات . وهو منها .

على هذا : لو ادعت أنه مَنِيُّ غيره فقال فى المنهج : القول قولها .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله - فى رواية أبي داود - أن القول قوله .

قلت . وهو الصواب .

وقال أبو بكر فى التنبيه - يزوج امرأة من بيت المال .

قال القاضى : لها دين .

وقال المصنف : لها حظ من الجمال .

فإن ذكرت أنه قربها : كذبت الأولى وحيرت الثانية فى الإقامة والفراق . ويكون الصداق من بيت المال . وإن كذبته فرق بينه وبين الأولى ، وكان الصداق عليه من ماله .

واعتمد فى ذلك على أثر رواه عن سمرة وضعفه الأصحاب وردوه . منهم المصنف .

تنبيه : اعلم أن المجد ، ومن تبعه : خص الرواية الثانية بما إذا ادعى الوطء بعد مائتين عنته وأجل لأنه انضم إلى عدم الوطء : وجود مايقتضى الفسخ

وجعلوا - على هذه الرواية - إذا ادعى الوطء ابتداء ، وأنكر المدة : أن القول قوله مع يمينه . وهى طريقة صاحب الفروع .

قال الزركشى : وأطلق هذه الرواية جمهور الأصحاب ولفظها يشهد لهم . فإنه قال . إذا ادعت المرأة أن زوجها لايصل إليها : استحلفت . انتهى .

فائدة - لو ادعت زوجة مجبوب عنته : صبرت له مدة . عند ابن عقيل .

قلت : وهو الصواب .

وعند القاضى : لاتصبر . وأطلقهما فى الفروع .

وهل تبطل بحذوته ، فلا يفسخ الولى ؟ فيه الوجهان . قاله فى الفروع .

قوله ﴿ الْقِسْمُ الثَّانِي : يَخْتَصُّ النِّسَاءَ . وَهُوَ شَيْئَانِ . الرَّتَقُ . وَهُوَ

كَوْنُ الفَرْجِ مَسْدُودًا مُلْتَصِقًا ، لَا مَسْلَكَ لِلذَّكَرِ فِيهِ . وَكَذَلِكَ القَرَنُ والعَقَلُ وَهُوَ لَحْمٌ يَحْدُثُ فِيهِ يَسُدُّهُ » .

جعل « الرتق » السد ، وجعل « القرن ، والعقل » لحماً يحدث فى الفرج . فهما فى معنى « الرتق » إلا أنهما نوع آخر .

وهو قول القاضى فى المجرد وتبعه أبو الخطاب ، وابن عقيل ، وصاحب الخلاصة . وقدمه فى الرعايتين .

وجعل القاضى فى الخلاف الثلاثة : لحماً ينبت فى الفرج .

ويحتمله كلام المصنف هنا وهو ظاهر كلامه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقال أبو حفص : « العقل » رغوة تمنع لذة الوطء . وهو بعض القول الذى حكاه المصنف

قال فى الرعاية — بعد هذا القول — : « إذن لا فسخ له فى وجه .

وقال الزركشى . وإذن فى ثبوت الخيار به وجهان . وأطلقهما فى الفروع أيضاً .

قلت : الصواب ثبوته بذلك ، وهو ظاهر كلام المصنف وغيره .

وقيل : « القرن » عظم وهو من تتمة القول الذى ذكره المصنف .

وحرم به فى المذهب ، ومسوك الذهب . وقدمه فى المستوعب

قال صاحب المطلع ، والزركشى : هو عظم أو غدة تمنع من ولوج الذكر

وقالا « العقل » شىء يخرج من فرج المرأة ، وحيّة الدقة ، شبيه بالأدرة التى للرجال فى الخصية وعلى كلا الأقوال : يثبت به الخيار على الصحيح

وقال فى الرعاية الكبرى : « إذن لا فسخ له فى وجه كما قال فى « العقل » .

قوله ﴿ والثانى : الفَتْقُ وَهُوَ انْخِرَاقُ مَا بَيْنَ السَّبِيلَيْنِ وقِيلَ : انْخِرَاقُ مَا بَيْنَ مَخْرَجِ البَوْلِ والمَنِىِّ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والمقنعة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، وغيرهم

وقال فى الخلاصة . هو الحراق مابين القبل والدبر ، أو مابين مخرج البول والمنى

وحرم فى المحرر ، والوجيز ، والفروع : أن « الفتق » الحراق مابين السبيلين .

وقدم فى الكافى : أن « الفتق » الحراق مابين مخرج البول والمنى .

وثبوت الخيار فى « الفتق » من مفردات المذهب

إذا علمت ذلك ، فالحراق مابين السبيلين ثبت للزوج الخيار . بلا خلاف أعلمه

قال فى الروضة : أو وجد احتلاطهما لعلة لأن النفس تعافه أكثر .

وأما الحراق مابين البول والمنى : فالصحيح أيضاً من المذهب أنه يثبت به للزوج الخيار .

قال فى الهداية ، والمستوعب : يثبت به الخيار عند أصحابنا .

وجزم به فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمقنعة ، والمنور . وهو ظاهر ماقدمه فى الكافى .

وقيل : لايثبت به خيار . وهو ظاهر ماقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير وشرح ابن منجا ، والمصنف .

وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والزركشى

قوله ﴿ القِسْمُ الثَّالِثُ : مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا . وَهُوَ : الجُذَامُ ، وَالبَرَصُ ، وَالجُنُونُ ، سَوَاءٌ كَانَ مُطْبِقًا ، أَوْ يُخْنَقُ فِي الأَحْيَانِ ﴾

وقال فى الواضح : جنون عام

وقال فى المغنى : أو إغماء ، لا إغماء مرض لم يدم

قال الزركشى : فإن زال العقل بمرض فهو إغماء لا يثبت خياراً .

فإن دام بعد المرض فهو جنون .

قوله ﴿ واختلف أصحابنا في البخر ، واستطلاق البول ، والنحو ، والقروح السيالة في الفرج ، والناسور ، والباسور[1] ، والخصي . وهو قطع الخصيتين ، والسل ، وهو سل البيضتين ، والوجء وهو رضهما . وفي كونه جنبًا ، وفيما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبًا به مثله ، أو حدث به العيب بعد العقد . هل يثبت الخيار ؟ على وجهين ﴾

وأطلقهما في المحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، وتجريد العناية ، والحاوي الصغير ، والزركشي .

وأطلقهما في الرعايتين ، فيما سوى الخصي والسل والوجء .

وأطلقهما في الذخيرة في الجميع ، إلا فيما إذا حدث به عيب بعد العقد .

وأطلق في المستوعب ، وشرح ابن رزين : الخلاف فيما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبًا به مثله .

وأطلق في المذهب الخلاف في الخصي ، والسل ، والوجء

وإذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله .

أحدهما : ثبت الخيار في ذلك كله . جزم به في الوجيز . وصححه في التصحيح ، واختاره ابن القيم .

وصححه في النظم فيما إذا حدث العيب بعد العقد .

واختاره ابن عبدوس في تذكرته في غير ما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبًا به مثله ، أو حدث العيب بعد العقد

واختاره أبو الفرج في الجميع . وزاد : وكل عيب يرد به المبيع .

قال الزركشي : وهو غريب .

---

(١) قال الأزهري : الناسور ، والباسور : بالسين والصاد .

وقال أبو بكر ، وأبو حفص : يثبت الخيار فيما إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا نحوه .

قال أبو الخطاب : فيحرج على ذلك من به باسور ، وناسور ، وقروح سيالة فى الفرج .

قال أبو حفص : والخصاء عيب يرد به .

وقال أيضاً أبو بكر ، وابن حامد : يثبت الخيار بالسحر .

وقال فى المستوعب : إذا وجد أحد الزوجين جنى فله الخيار فى أظهر الوجهين .

واختار القاضى فى تعليقه الجديد ـ قاله الزركشى ، وصاحب المجرد قاله الناظم والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى ، والمصنف ، والشارح ـ ثبوت الخيار فيما إذا حدث العيب بعد العقد وهو ظاهر كلام الخرقى فيه .

وقدم فى الرعايتين : ثبوت الخيار بالخصى والسل والوجء .

وصحح فى المذهب ثبوت الخيار فى السحر ، واستطلاق البول والنحو ، والبخر ، والناسور ، والباسور ، والقروح السيالة فى الفرج ، والجنى المشكل . وحدوث هذه العيوب بعد العقد .

والوجه الثانى : لا يثبت الخيار بذلك كله . وهو مفهوم كلام الخرقى لأنه ذكر العيوب التى يثبت بها الخيار فى فسخ النكاح . ولم يذكر شيئاً من هذه .

وقدم ابن رزين فى شرحه غير ما تقدم إطلاق الخلاف فيه .

وإليه ميل المصنف ، والشارح ، فى غير حدوث العيب بعد العقد .

وظاهر كلام أبى حفص أنه لا يثبت الخيار بالسحر مع كونه عيباً .

وذكر القاضى فى المجرد : لو حدث به عَيب بعد العقد لا يملك به الفسخ قاله الزركشى . وهو مناقض لما تقدم عنه فيه .

واختاره أيضاً فى التعليق القديم .

اختاره أبو بكر فى الخلاف ، وابن حامد ، وابن البنا . وصححه فى النظم .

وقدمه فى النظم .

تنبيهات

أحدها : قوله ـ فى البحر ـ « وهو بين الفم » هو الصحيح .

قال ابن منجا : هذا المذهب . واختاره أبو بكر . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين .

وقال ابن حامد : بين فى الفرج نشور عند الوطء .

قال المصنف ، والشارح : إن أراد أنه يسمى بحراً ويثبت به الخيار ، وإلا فلا معنى له لأن بين الفم بمنع مقارنة صاحبه إلا على كره .

وقال فى الفروع : البحر يشملهما .

وقال فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم : فى كل منهما وجهان فى ثبوت الخيار به

وجزم ابن عبدوس فى تذكرته بثبوت الخيار بهما .

وقال فى المستوعب ـ بعد أن ذكر الخلاف بين أبى بكر وابن حامد ـ : وعلى قول أبى بكر ، وابن حامد : يثبت الخيار .

وظاهر كلام الخرقى ، وأبى حفص : أنه عيب لايثبت به خيار .

الثانى : ظاهر قوله ﴿ وَفِي كَوْبِهِ خُنْثَى ﴾ أنه سواء كان مشكلا ـ وقلنا يحور نكاحه ـ أو غير مشكل وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع . وقال . قاله جماعة .

وجزم به فى المستوعب ، وتذكرة ابن عبدوس .

وقال فى الفروع : وخصه فى المغنى بالمشكل وفى الرعاية عكسه .

قلت : ظاهر كلامه فى المغنى : يخالف ماقال . فإنه قال : وفى البحر ، وكون أحد الزوجين خنثى : وجهان وأطلق الخنثى

وقال فى الرعايتين : وتكون أحدهما حتى غير مشكل أو مشكلا . وصح نكاحه فى وجه . انتهى .

فما نقله المصنف عنهما مخالف لما هو موجود فى كتابيهما . والله أعلم .

وقال فى المحرر ، والوجيز ، والحاوى الصغير « وكون أحدهما حتى غير مشكل » فخصوا « الحتى » بكونه غير مشكل ، وخصه فى المذهب بكونه مشكلا

الثالث : كثير من الأصحاب حكوا الخلاف فى ذلك كله وجهين .

وحكى ابن عقيل فى البلغ روايتين .

وحكى فى الترغيب ، والبغية ـ فيما إذا وجد أحدهما فصححه عياً به مثله ـ روايتين .

الرابع : ظاهر كلام المصنف : أن ماعدا ماذكره لا تثبت به خيار .

وكذا قال الشارح ، والزركشى .

وألحق فى الفروع فى ثبوت الخيار بالاستحاضة ، والقرع فى الرأس ـ إذا كان له ريح منكرة ـ الوجهين .

وألحقهما فى الاستحاضة فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : تثبت بالاستحاضة الفسخ فى أظهر الوجهين .

قلت : الصواب ثبوت الخيار بذلك

وألحق ابن رجب بالقرع وأخ الإبط المنكرة التى تثور عند الجماع .

وأجرى فى الموجز الخلاف فى بول الكبير فى الفراش .

واختار ابن عقيل فى الفصول : ثبوت الخيار بنقص الخلق ، كالزنى .

واختار ابن حمدان ثبوت الخيار فيما إذا كان الذكر كبيراً والفرج صغيراً .

وعن أبى الفتح العكبرى : ثبوت الخيار بكل عيب يرد به المبيع ، كما تقدم قريباً

وقال أبو البقاء أيضاً : لو ذهب ذاهب إلى أن الشيخوخة في أحدهما يمنع ... لم يبعد .

وقال ابن القيم رحمه الله في الهدى ـ فيما به عيب ، كقطع يد أو رجل ، أو عمى ، أو خرس ، أو طرش ، وكل عيب يفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة ـ : يوجب الخيار ، وأنه أولى من البيع . وإنما ينصرف الإطلاق إلى السلامة . فهو كالمشروط عرفاً انتهى .

قلت : وما هو ببعيد . وما في معناه إن لم يكن دخل في كلامه مَنْ عُرِف بالمسرفة .

ونقل ابن منصور : إذا كان عقيماً : أعجب إليَّ أن يبين لها .

ونقل حنبل : إذا كان به جنون أو وسواس ، أو تغير في عقل ، وكان يعبث ويؤذي : رأيت أن أفرق بينهما . ولا يقيم على هذا .

الخامس مفهوم قوله « وإن وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله » أنه إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به من غير جنسه ثبت به الخيار . وهو صحيح وهو المذهب .

قال في النبذة ، والمدوع : والأصح ثبوته إن تعيرت ولم يستثن شيئاً .

ويستثنى من ذلك إذا وجد المجبوب امرأة رتقاء .

قال المصنف ، والشارح : فينبغي أن لا يثبت لها الخيار

وقيل : حكمه كالمسائل . وقدمه في الفروع

قوله ﴿ وَإِنْ عَلِمَ بِالْعَيْبِ وَقْتَ الْعَقْدِ ، أَوْ قَالَ : قَدْ رَضِيتُ بِهِ مَعِيبًا أَوْ وُجِدَ مِنْهُ دِلَالَةٌ عَلَى الرِّضَى : مِنْ وَطْءٍ ، أَوْ تَمْكِينٍ . مَعَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ : فَلَا خِيَارَ لَهُ ﴾ .

فلا خلاف في العلم بالعيب ، أو رضي به . وأما التمكين : فيأتي .

فائدة : خيار العيوب على التراخي . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضي ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح ، والمجد ، وابن عبدوس ، وغيرهم .

قال في البلغة : هذا أظهر الوجهين .

قال الناظم : هذا أقوى الوجهين . وهو ظاهر كلام الخرقي .

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : هو على الفور

وقاله القاضي في المجرد ، وابن عقيل ، وابن البنا في الخصال

قال ابن عقيل ، ومعناه : أن المطالبة بحق الفسخ تكون على الفور . فمتى أخر ما لم تجر العادة به : بطل ، لأن الفسخ على الفور

معنى المذهب : لا يبطل الخيار إلا بما يدل على الرضى : من الوطء ، والتمكين مع العلم بالعيب ، أو بأتى بصريح الرضى .

قال الزركشي : وجزم به المصنف هنا وغيره .

قال المجد : لا يسقط خيار الفسخ إلا بالقول ، فلا يسقط بالتمكين من الاستمتاع ونحوه . وجزم به في الوجيز ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لم يحد هذه التفرقة غير المجد .

قوله (وَلَا يَجُوزُ الفَسْخُ إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ) .

فيفسخ بنفسه ، أو يرده إلى من له الخيار على الصحيح من المذهب . جزم به في الرعاية ، وغيرها . وقدمه في الفروع .

وقال في الموجز : بتولاه الحاكم .

وقال الشيخ تقي الدين : ليس هو الفاسخ ، وإنما يأذن ويحكم به فمتى أذن أو حكم لأحد باستحقاق عقد أو فسخ ، فعقد أو فسخ : لم يحتج بعد ذلك إلى حكم

نصحته بلا نزاع . لكن لو عقد هو أو فسخ فهو كفعله ، فيه الخلاف . وإن عقد المستحق أو فسخ بلا حكم ، فأمر مختلف فيه ، فيحكم بصحته .

وخرج الشيخ تقي الدين رحمه الله : جواز الفسخ بلا حكم في الرضى بالعجز عن الوطء ، كالعجز عن النفقة .

قال في القاعدة الثالثة والستين : ورجح الشيخ تقي الدين أن جميع الفسوخ لاتتوقف على حكم حاكم .

فائدة : لو فسخ — مع غيبته — في الانتصار : الصحة وعدمها .

وقال في الترغيب : لايُطْلَقُ على عنين كمولٍ في أصح الروايتين .

قوله ﴿ وَإِنْ فَسَخَ قَبْلَ الدُّخُولِ فلا مَهْرَ ، وإنْ فَسَخَ بَعْدَهُ : فَلَهَا المَهْرُ المُسَمَّى ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب جزم به في الوجيز ، وغيره . ونصره المصنف ، والشارح وقدمه في المغني ، والمحرر ، والشرح ، والخلاصة ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : عنه مهر المثل . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب

وبنى القاضي في المجرد ، وابن عقيل في الفصول : هاتين الروايتين على الروايتين في النكاح الفاسد : هل الواجب فيه المسمى ، أو مهر المثل ؟ على ماتأتي في آخر الصداق .

وقيل : يجب مهر المثل في فسخ النكاح بشرط أو عيب قديم لا بما إذا حدث العيب بعد العقد .

قلت : وهو قوي . وقيد المجد الرواية بهذا .

وقيل في فسخ الزوج بعيب قديم ، أو بشرط : يسقط قدر نقص مهر المثل ، لأجل ذلك إلى مهر المثل كاملا . فيسقط من المسمى نسبته . فسخ أو أمضى .

وقاسه القاضي ـ في الخلاف ـ على البيع المعيب .

وحكاه ابن شاقلا في بعض تعاليقه عن أبي بكر

واختاره ابن عقيل ويحتمله كلام الشيرازي . ورجحه الشيخ تقي الدين .

قلت وفيه قوة .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله أيضاً : وكذلك إذا ظهر الزوج معيباً .

فللزوجة الرجوع عليه بنقص مهر المثل وكذا في فوات شرطها

قال ابن رجب : وقد ذكر الأصحاب مثله في الغبن في البيع في باب الشفعة .

فائدة : الخلوة هنا كالخلوة في النكاح الذي لا خيار فيه

قوله ﴿ ويَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، مِنَ الْمَرْأَةِ وَالْوَلِيِّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال في الخلاصة ، والرعايتين ، والفروع : ويرجع على الغار ، على الأصح .

قال المصنف في المغني : والصحيح أن المذهب رواية واحدة

قال الشارح : هذا المذهب .

قال الزركشي : هذا المشهور ، والمختار من الروايتين

وجزم به الخرقي ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وعنه لا يرجع اختاره أبو بكر في الخلاف وهو قول علي رضي الله عنه .

وقد روي عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه رجع عن هذه الرواية .

قال في رواية ابن الحكم كنت أذهب إلى قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، ثم هبته قلت إلى قول عمر رضي الله عنه .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

فائدة : قوله ﴿ وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ مِنَ الْمَرْأَةِ وَالْوَلِيِّ ﴾ .

وكذلك الوكيل . وهذا المذهب

فعلى هذا : أيهم انفرد بالتغرير ، ضمن .

ولو أنكر الولي عدم علمه بذلك ولا بينة : قبل قوله مع يمينه . وهو المذهب .

اختاره المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، وغيرهم .

قال في الرعايتين ، والحاوي الصغير : فإن أنكر العلم علمه به ـ ومثله يجهله وحلف ـ : ترك .

واستثنى من ذلك إذا كان العيب جنونا

وقيل : القول قول الزوج إلا في عيوب الفرج .

وقيل : إن كان الولي مما يخفى عليه أمرها ، كأقارب العصبات : فالقول قوله وإلا فالقول قول الزوج

اختاره القاضي ، وابن عقيل إلا أنه فصل بين عيوب الفرج وغيرها .

فسوى بين الأولياء كلهم في عيوب الفرج ، بخلاف غيرها . وأطلقهن الزركشي .

وقال في الفروع : ويقبل قول الولي في عدم علمه بالعيب إن كان ممن له رؤيتها : فوجهان .

وأما الوكيل ـ إذا أنكر العلم بذلك ـ : فينبغي أن يكون القول قوله مع يمينه بلا خلاف .

وأما المرأة فإنها تضمن إذا غرته . لكن يشترط لتضمينها : أن تكون عاقلة .

قاله ابن عقيل . وشرط مع ذلك أبو عبد الله ابن تيمية نوعها .

فعلى هذا : حكمها ـ إذا ادعت عدم العلم بعيب نفسها ، واحتمل ذلك ـ حكم الولي على ما تقدم . قاله الزركشي .

فائدتان

إحداهما : لو وجد التغرير من المرأة والولي . فالضمان على الولي ، على قول

القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم . لأنه المباشر .

وقال المصنف ـ فيما إذا كان الغرر من المرأة والوكيل ـ: الضمان بينهما نصفان. فيكون فى كل من الولى والوكيل قولان.

وتقدم نظيرها فى الغرر بالأمة على أنها حرة.

الثانية: منشأها فى الرجوع على الغار: لو زوج امرأة فأدخلوا عليه غيرها. ويلحقه الولد، ويجهز زوجته بالمهر الأول. نص على ذلك

قوله ﴿وَلَيْسَ لِوَلِيِّ صَغِيرَةٍ، أَوْ مَجْنُونَةٍ، أَوْ سَيِّدِ أَمَةٍ تَزْوِيجُهَا مَعِيبًا، وَلَا لِوَلِيِّ كَبِيرَةٍ تَزْوِيجُهَا بِهِ بِغَيْرِ رِضَاهَا﴾.

لا نزاع من حيث الجملة، لكن لو حالف وفعل فثلاثة أوجه

أحدها: الصحة مع جهله به. وهو المذهب.

وقدمه فى المغنى، والشرح، والفروع، وشرح ابن رزين.

وهو ظاهر الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم.

والثانى: لا يصح مطلقاً. وهو احتمال فى المغنى، والشرح. وصححه فى النظم.

والثالث: يصح مطلقاً.

على المذهب: هل له الفسخ إذن، أو ينتظرها؟ فيه وجهان. وأطلقهما فى الفروع.

أحدهما: له الفسخ إذا علم. قدمه فى المغنى، والشرح.

والوجه الثانى: ينتظرها.

وذكر فى الرعاية: الخلاف إن أحبرها تعركه. وصححه فى الإيضاح، مع جهله، وتخيَّر

وذكر فى الترغيب ـ فى تزويج مجنون أو مجنونة بمثله، وملك الولى الفسخ ـ وجهين

قوله ﴿ فَإِنِ اخْتَارَتِ الْكَبِيرَةُ نِكَاحَ مَجْبُوبٍ ، أَوْ عِنِّينٍ : لَمْ يَمْلِكْ مَنْعَهَا ﴾ .

هذا المذهب . اختاره القاضي ، وغيره . وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه في النظم . وقدمه في الفروع .

وقيل : له منعها . قال المصنف : هذا أولى .

قوله ﴿ فَإِنِ اخْتَارَتْ نِكَاحَ مَجْنُونٍ ، أَوْ مَجْذُومٍ ، أَوْ أَبْرَصَ : فَلَهُ مَنْعُهَا فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ﴾ وهو المذهب .

قال في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفروع : له منعها في الأصح

قال في المغني ، والشرح : هذا أولى الوجهين .

وقدمه ابن رزين في شرحه ، وقال : هذا أظهر وصححه في النظم . وجزم به في الوجيز ، وغيره وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وقيل : لا يملك منعها .

فائدتان

إحداهما : الذي يملك منعها : وليها العاقد للنكاح . على الصحيح من المذهب قدمه في المغني ، والشرح ، والفروع .

وقيل . لبقية الأولياء المنع . كما قدم في الكفاءة

قلت . وهو أولى . وجزم به ابن رزين في شرحه .

الثانية : قوله ﴿ وَإِنْ عَلِمَتْ الْعَيْبَ بَعْدَ الْعَقْدِ ، أَوْ حَدَثَ بِهِ لَمْ يَمْلِكْ إِجْبَارَهَا عَلَى الْفَسْخِ ﴾ .

بلا نزاع . لأن حق الولي في ابتدائه ، لا في دوامه قاله الأصحاب .

باب نكاح الكفار

قوله ﴿ وحُكْمُهُ حُكْمُ نِكَاحِ الْمُسْلِمِينَ ، فِيمَا يَجِبُ بِهِ ، وَتَحْرِيمِ الْمُحَرَّمَاتِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، وقطع به أكثرهم .

وقال فى الترغيب : حكمه حكم نكاح المسلمين فى ظاهر المذهب .

قوله ﴿ وَيُقَرُّونَ عَلَى الأَنْكِحَةِ الْمُحَرَّمَةِ ، مَا اعْتَقَدُوا حِلَّهَا ، وَلَمْ يَرْتَفِعُوا إِلَيْنَا ﴾ .

هذا المذهب بهذين الشرطين نص عليه . وعليه الأصحاب .

وعنه فى مجوسى تزوج كتابية ، أو اشترى نصرانية : يحول الإمام بينهما .

فيخرج من هذا : أنهم لا يقرون على نكاح محرم .

وهو لأبى الخطاب فى الهداية ، قال فى المحرر ، وغيره : لا يقرون على ما لا مساغ له فى الإسلام . كنكاح ذات المحرم ، ونكاح المجوسى الكتابية ونحوه .

وتقدم فى باب المحرمات فى النكاح « هل يجوز للمجوسى نكاح الكتابية ؟ » .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : والصواب : أن أنكحتهم المحرمة فى دين الإسلام حرام مطلقاً . فإذا لم يسلموا عوقبوا عليها . وإن أسلموا عفى لهم عنها لعدم اعتقادهم تحريمها .

وأما الصحة ، والفساد ، فالصواب أنها صحيحة من وجه ، فاسدة من وجه . فإن أريد بالصحة : إباحة التصرف فإنما تباح لهم بشرط الإسلام . وإن أريد بعوده ، وترتب أحكام الزوجية عليه — من حصول المحل به للمطلق ثلاثاً . ووقوع الطلاق فيه ، وثبوت الإحصان به — فصحيح

وهذا يحقوى طريقة من فرق بين أن تكون التحريم لعين المرأة، أو لوصف لأن ترتب هذه الأحكام على نكاح المحارم بعيد جداً

وقد أطلق أبو بكر، وابن أبي موسى وغيرهما: صحة أنكحتهم، مع تصريحهم بأنه لا يحصل الإحصان بنكاح ذوات المحارم.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى أيضاً: رأيت لأصحابنا في أنكحتهم أربعة أقوال:

أحدها: هي صحيحة. وقد يقال: هي في حكم الصحة.

والثاني: ما أقروا عليه فهو صحيح، وما لم يقروا عليه فهو فاسد. وهو قول القاضي في الجامع، وابن عقيل، وأبي محمد.

والثالث: ما أمكن إقرارهم عليه فهو صحيح، وما لا فلا.

والرابع: أن كل ما فسد من نكاح المسلمين فسد من نكاحهم. وهو قول القاضي في المجرد. انتهى.

قوله ﴿وإن كان في أثنائه - يعني. إذا أسلموا وتراضوا إلينا في أثناء العقد - لم تتعرض لكيفية عقدهم، بل إن كانت المرأة ممن لا يجوز ابتداء نكاحها، كذات محرمه، ومن هي في عدتها، أو شرط الخيار في نكاحها متى شاء، أو مدة هما فيها، أو مطلقته ثلاثاً: فرق بينهما، وإلا أقرا على النكاح﴾

إذا أسلموا أو تراضوا إلينا في أثناء العقد، والمرأة ممن لا يجوز ابتداء نكاحها: فرق بينهما مطلقاً. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

وعنه: لا يصح إلا مع عقد، مؤبد أو مجمع عليه

فلو تزوجها، وهي في عدتها وأسلما أو تراضيا إليه. فإن كان تزوجها في عدة مسلم: فرق بينهما. بلا نزاع.

وإن كان فى عدة كافر جزم المصنف هنا : أنه يفرق بينهما . وهو المذهب . نص عليه . وجزم به فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافى ، والبلغة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، وغيرهم .

وعنه: لايفرق بينهما . نص عليه . صححه فى النظم . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وأطلقهما فى المذهب ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفروع .

تنبيه : شمل كلامه : ولو كانت حبلى من زنا قبل العقد . وهو أحد الوجهين أو الروايتين .

أحدهما : يفرق بينهما وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

جزم به فى المنور . وهو الصواب .

والثانى : لايفرق بينهما وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع

وأما إذا شرط الخيار فى نكاحها متى شاء ، أو مدة علما فيها جزم المصنف بأن يفرق بينهما . وهو المذهب .

جزم به فى الخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والبلغة ، والشرح ، والوجيز وغيرهم . وجزم به فى المذهب فى الأولى .

وقيل : لايفرق بينهما . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وأما إذا استدام مطلقته ثلاثا ، وهو معتقد حله : جزم المصنف أنه يفرق بينهما . وهو المذهب .

قال فى الفروع : لم يقر على الأصح .

وجزم به فى الخلاصة ، والمنور ، والوجيز وغيرهم .

وقدمه في المحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير

وعنه: لا يفرق بينهما. واختاره في المحرر فيما إذا أسلما.

تنبيه: مفهوم قوله ﴿ وإنْ قَهَرَ حَرْبِيٌّ حَرْبِيَّةً فَوَطِئَهَا، أَوْ طَاوَعَتْهُ واعْتَقَدَاهُ نِكَاحًا: أُقِرَّا، وإلَّا فَلَا ﴾

أنه لو فعل ذلك أهل الذمة: أنهم لا يقرون عليه. وهو ظاهر كلام غيره. وصرح به في الترغيب. وجزم به البلغة

ظاهر كلام المصنف في المغني، والشارح: أنهم كأهل الحرب.

قلت: وهو الصواب

قوله ﴿ وإنْ كَانَ الْمَهْرُ مُسَمًّى صَحِيحًا، أَوْ فَاسِدًا قَبَضَتْهُ: اسْتَقَرَّ ﴾

وهذا بلا نزاع. لكن لو أسلما، فانقلبت خمر خلا، وطلق: فهل يرجع بنصفه أم لا؟ فيه وجهان. وأطلقهما في الفروع

قلت: الصواب رجوعه بنصفه.

ولو تلف الخل، ثم طلق: ففي رجوعه بنصف مثله: احتمالان. وأطلقهما في الفروع.

قلت: الصواب رجوعه بنصف مثله. لأنه مثلي

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا لَمْ تَقْبِضْهُ: فُرِضَ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ ﴾.

وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

وعنه: لا شيء لها في خمر وخنزير معين. وهو رواية مخرجة. خرجها القاضي.

فائدة: لو كانت قبضت بعض المسمى الفاسد: وجب لها حصة ما بقي من مهر المثل. ويعتبر قدر الحصة فيما يدخله الكيل والوزن، وفيما يدخله العدّ بعدّه. على الصحيح من المذهب. قدمه في المحرر، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير. وجزم به ابن عبدوس في تذكرته

وقيل : بقيمته عند أهله . وأطلقهما فى الفروع .

قال المصنف ، الشارح لو أصدقها عشر رقاق حمر متساوية ، فقبضت نصفها وجب لها نصف مهر المثل .

وإن كانت مختلفة ، اعتبر ذلك بالكيل فى أحد الوجهين .

والثانى : يقسم على عددها

وإن أصدقها عشر حمير ، ففيه الوجهان

أحدهما : يقسم على عددها

والثانى . يعتبر قيمتها .

وإن أصدقها كلباً وخنزيرين ، وثلاث رقاق حمر ، فثلاثة أوجه .

أحدها : يقسم على قدر قيمتها عندهم .

والثانى : يقسم على عدد الأجناس ، فيجعل لكل جزء ثلث المهر .

والثالث : يقسم على المعدود كله . فيجعل لكل واحد سدس المهر

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وإذا أسلم الزوجان معا ، فهما على نكاحهما ﴾

أن يتلفظا بالإسلام دفعة واحدة . وهو صحيح . وهو المذهب من حيث الجملة وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله يدخل فى المعية : لو شرع الثانى قبل أن يفرغ الأول

وقيل : هما على نكاحهما إن أسلما فى المجلس . وهو احتمال فى المغنى .

قلت : وهو الصواب لأن تلفظهما بالإسلام دفعة واحدة فيه عسر واختاره الناظم

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَتِ الْكِتَابِيَّةُ ، أَوْ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ غَيْرُ الْكِتَابِيَّيْنِ قَبْلَ الدُّخُولِ . انْفَسَخَ النِّكَاحُ ﴾ بلا نزاع .

﴿ فَإِنْ كَانَتْ هِيَ الْمُسْلِمَةُ : فَلَا مَهْرَ لَهَا ﴾

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . منهم الخرقي ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، ومستوعب ، والخلاصة والوجيز ، وغيرهم .

قال الزركشي : قطع بهذا جمهور الأصحاب . ونص عليه .

وقدمه في المغني ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وعنه : لها نصف المهر . اختاره أبو بكر .

قلت . وهو أولى . وأطلقهما في تجريد العناية

قال الزركشي : وحكى أبو محمد رواية : بأن لها نصف المهر . وأنها اختيار أبي بكر ، نظراً إلى أن الفرقة حصلت من قبل الزوج بتأخره عن الإسلام .

والمنقول في رواية الأثرم التوقف . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَهَا ، فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ ﴾

هذا المذهب . وعليه جمهور الأصحاب أيضاً

قال في الفروع : اختاره الأكثر .

قال في الهداية . وهي اختيار عامة أصحابنا

قال الزركشي : هذا المشهور من الروايتين والمختار للأصحاب : الخرقي ، وأبي بكر ، والقاضي ، وغيرهم .

وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في المغني ، والشرح

وهذا من غير الأكثر الذي ذكره عن الفروع في الخطبة

وعنه : لا شيء لها . جزم به في المنور ، وغيره وصححه في النظم ، وغيره .

وقدمه في الخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير والفروع .

قلت : وهو الصواب

وأطلقهما في المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، وتجريد العناية

ويأتي ذلك أيضاً في كلام المصنف في كتاب الصداق فيما ينصف المهر

فعلى الأول : إن أسلما ـ وقالت : سبقتني ، وقال : أنت سبقتيني ـ فالقول قولها . ولها نصف المهر . قاله الأصحاب .

وإن قالا : سبق أحدنا ، ولا نعلم عينه : فلها أيضاً نصف المهر ، على الصحيح من المذهب .

جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وصححه في المغني ، والشرح ، والنظم

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وقال القاضي : إن لم تكن قبضته ، لم تطالبه بشيء ، وإن كانت قبضته ، لم يرجع عليها بما فوق النصف

قوله (وإنْ قالَ أسْلَمْنا معًا ، فنحْنُ عَلَى النِّكاحِ وَأنْكَرَتْهُ . فَعَلَى وَجْهَيْنِ) .

وأطلقهما في الكافي ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، والقواعد الفقهية

وظاهر المغني ، والشرح : إطلاق الخلاف

أحدهما : القول قولها ، وهو المذهب . لأن الظاهر معها . اختاره القاضي

قال في الخلاصة : فالقول قولها على الأصح . وقدمه في الهداية ، والمذهب والمستوعب ، والحاوي الصغير ، وشرح ابن رزين .

قلت : وهو الصواب

والثاني : القول قوله . لأن الأصل بقاء النكاح . صححه في التصحيح ، وتصحيح المحرر . واختاره ابن عبدوس في تذكرته . جزم به في الوجيز .

قوله ﴿ وإنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ : وَقَفَ الأَمْرُ عَلَى انْقِضَاءِ العِدَّةِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشي : هذا المشهور من الروايات

قال أبو بكر : رواه عنه نحو من خمسين رجلا واختار لعامة الأصحاب : الخرقي ، والقاضي ، وأصحابه ، والشيخان وغيرهم واحد .

قال في الرعاية الكبرى : هذا أظهر وأولى وجزم به في الوجيز ، وغيره ، وقدمه في المغني ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والحاوي ، وغيرهم

وعنه . أن الفرقة تتعجل بإسلام أحدهما ، كما قبل الدخول اختاره الخلال ، وصاحبه أبو بكر . وقدمه في الخلاصة ، والزركشي

وأطلقهن في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب

وعنه : رواية ثالثة : الوقف بإسلام الكتابية ، والانفساخ بغيرها

قال الزركشي : وعنه رواية رابعة بالوقف ، وقال : أحب إليَّ الوقف عندهم .

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله ـ فيما إذا أسلمت قبله ـ بقاء نكاحه قبل الدخول وبعده ، ما لم تنكح غيره ولأمر إليه ولا حكم له عليها ولا حق لها عليه وكذا لو أسلم قبلها . وليس له حبسها وأبت متى أسلمت ـ وهو قبل الدخول وبعد العدة ـ فهي امرأته إن اختار . انتهى .

قوله ـ مفرعاً على المذهب ـ ﴿ فَإِنْ أَسْلَمَ الثَّانِي قَبْلَ انْقِضَائِهَا : فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ، وإلاَّ تَبَيَّنَّا أَنَّ الفُرْقَةَ وَقَعَتْ حِينَ أَسْلَمَ الأَوَّلُ ﴾

وهو المذهب وعليه الأصحاب .

وتقدم اختيار الشيخ تقي الدين رحمه الله

تنبيه : مفهوم قوله « وقف الأمر على انقضاء العدة » أنه ليس له عليها سبيل بعد انقضائها . وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب

وتقدم اختيار الشيخ تقي الدين رحمه الله .

قال الزركشي ، وقيل : عنه ما يدل على رواية . وهي الأحد بظاهر حديث زينب بنت النبي صلى الله عليه وسلم ، وأنها ترد له ، ولو بعد العدة

قوله ﴿ فَعَلَى هَذَا ﴾ يعني : على القول بأن الأمر يقف على انقضاء العدة .

﴿ لَوْ وَطِئَهَا فِي عِدَّتِهَا وَلَمْ يُسْلِمِ الثَّانِي : فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ وَإِنْ أَسْلَمَ فَلَا شَيْءَ لَهَا ﴾ .

بلا نزاع على هذا البناء .

وقوله ﴿ وَإِذَا أَسْلَمَتْ قَبْلَهُ ، فلها نفقةُ العِدَّةِ . وَإِنْ كَانَ هُوَ المُسْلِمُ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ﴾ .

هذا مذهب مطلقاً . جزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والعمدة ، والوجيز ، والحاوي الصغير ، وغيرهم . وقدمه في الفروع

وقيل : لها النفقة إن أسلمت بعده في العدة .

وأطلقهما في الرعاية الصغرى .

وقال في الرعاية الكبرى : وإن أسلمت بعده في العدة ، وهي غير كتابية : فهل لها النفقة فيما بين إسلامهما ؟ على وجهين .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي السَّابِقِ مِنْهُمَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب ، صححه فى التصحيح ، والنظم .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

والوجه الثانى : القول قوله . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

فوائد

إحداها : لو اتفقا على أنها أسلمت بعده ـ وقالت : أسلمت فى العدة . وقال بل بعدها ـ كان القول قولها .

الثانية : لو لاعن ثم أسلم ، صح نكاحه . وإلا فسد . فى أحد وجهين فى الترغيب . واقتصر عليه فى الفروع ، وقال : هذا فيما لو صحة نكاحه فلاعن ، ثم بان فساده .

الثالثة : قوله ﴿ وَإِنْ ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ الدُّخُولِ : انْفَسَخَ النِّكَاحُ وَلا مَهْرَ لَهَا إِنْ كَانَتِ هِيَ الْمُرْتَدَّةَ ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُرْتَدَّ : فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ ﴾ بلا نزاع .

لكن لو ارتدا معاً ، فهل تنصف مهر ، أو يسقط ؟ فيه وجهان

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والحاوى الصغير ، والزركشى .

وظاهر كلامه فى المنور : أنه يسقط .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن كفر ـ أو أحدهما ـ قبل الدخول : بطل العقد . وإن سبق وحده ، أو كفر وحده : فله نصف المهر ، وإلا يسقط .

وقيل : إن كفرا معاً وجب .

وقيل : فيه وجهان

فقدم السقوط . وكذا قدمه فى الرعاية الصغرى .

وجزم به فى الوجيز . وصححه فى تصحيح المحرر .

قال الزركشي في شرح الوجيز : والأظهر التضعيف .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتِ الرِّدَّةُ بَعْدَ الدُّخُولِ : فَهَلْ تَتَعَجَّلُ الْفُرْقَةُ ، أَوْ تَقِفُ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والكافي ، والهادي ، والمحرر ، والنظم ، والفروع ، والحاوي الصغير ، والبلغة ، وتجريد العناية .

إحداهما : تقف على انقضاء العدة صححه في التصحيح ، وتصحيح المحرر وجزم به في الوجيز ، ومنتخب الأدمي واختاره الخرقي

وقال الزركشي في شرح الوجيز . وهو المذهب . ونصره المصنف .

قال ابن منجا : هذا المذهب ، ومال إليه الشارح وهو الصحيح .

والثاني : تتعجل الفرقة اختاره ابن عبدوس في تذكرته . وقدمه في الخلاصة ، والرعايتين ، والزبدة ، وإدراك الغاية .

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله هنا مثل اختياره فيما إذا أسلم أحدهما بعد الدخول كما تقدم قريباً .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُرْتَدُّ : فَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ ﴾

هذا مبني على القول بأن النكاح يقف على انقضاء العدة قاله في المحرر ، وغيره .

فائدة : لو وطئها ، أو طلقها — وقلنا لا تتعجل الفرقة — ففي وجوب المهر ووقوع الطلاق خلاف . ذكره في الانتصار .

قلت جزم المصنف والشارح بوجوب المهر ، إذا لم يسلما حتى انقضت العدة

قوله ﴿ وَإِنِ انْتَقَلَ أَحَدُ الْكِتَابِيِّينَ إِلَى دِينٍ لَا يُقَرُّ عَلَيْهِ : فَهُوَ كَرِدَّتِهِ ﴾

إن انتقل الزوجان أو أحدهما إلى دين لا يقر عليه، أو تمجس كتابي تحته كتابية، فكاردة، بلا نزاع.

وإن تمجست المرأة تحت كتابي، فظاهر كلام المصنف أنه كاردة أيضاً وهو أحد الوجهين، جزم به في المستوعب، والمغني، والشرح، والمنور.

وهو الصواب لأنها لا تقر عليه، وإن كانت تباح للكتابي على الصحيح واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

وقيل: النكاح بحاله.

جزم به في الوجيز، وأطلقهما في المحرر، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع.

قلت: قد تقدم في باب المحرمات في النكاح أن الكتابي يجوز له نكاح المجوسية على الصحيح من المذهب، وهذا في معناه.

قوله (وإن أسلم كافر، وتحته أكثر من أربع نسوة، فأسلمن معه: اختار منهن أربعاً، وفارق سائرهن).

إن كان مكلفاً اختار، وإن كان صغيراً: لم يصح اختياره، والصحيح من المذهب: لا يختار له الولي، ويقف الأمر حتى يبلغ، قاله الأصحاب، لأنه راجع إلى الشهوة والإرادة.

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله: أن وليه يقوم مقامه في التعيين، وضعف الوقف.

وخرج بعض الأصحاب صحة اختيار الأب منهن وفسخه، على صحة طلاقه عليه.

قال في الرعاية الكبرى، قلت: فإن قلنا: يصح طلاق والده عليه صح اختياره له، وإلا فلا.

على المذهب : يوقف الأمر حتى يبلغ فيختار . على الصحيح قاله القاضي في الجامع . وجزم به في المغني ، والشرح .

وقال القاضي في المجرد : يوقف الأمر حتى يبلغ عشر سنين ، فيختار .

وأطلقهما في المستوعب ، والرعاية الكبرى .

وقال ، قلت : إن صح إسلامه بنفسه ، صح اختياره وإلا فلا .

وقال ابن عقيل : يوقف الأمر حتى يراهق ، ويبلغ أربع عشرة سنة فيختار .

فائدة : لو أسلم على أكثر من أربع ، أو على أختين ، فاختار أربعاً ، أو إحدى الأختين ، فقال المصنف ، والشارح : ينتزل المختارات ، ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة

فلو كن خمساً فطرق إحداهن ، فله وطء ثلاث من المختارات ، ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة وعلى ذلك قس ، وكذلك الأخت .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله ، في شرح المحرر : وفي هذا نظر بين ظاهر السنة يخالف ذلك .

قال : وقد تأملت كلام عامة أصحابنا ، فوجدتهم قد ذكروا . أنه يمسك أربعاً ولم يشترطوا في جواز وطئه انقضاء العدة . لا في جمع العدد ، ولا في جمع رحم

ولو كان هذا أصل عندهم : لم يغفلوه . فإنهم دائماً ينبهون في مثل هذا على اعتبار الزوجة كما ذكره الإمام أحمد رحمه الله ، فيما إذا وطيء أخت امرأته بنكاح فاسد ، أو زنا بها ، وقال هذا هو الصواب . فإن هذه العدة تابعة لنكاحه وقد عفا الله عن جميع نكاحها . فكذلك يعفو عن توابع ذلك النكاح . وهذا بعد الإسلام لم يجمع عقداً ولا وطئ انتهى

وتقدم في المحرمات في النكاح « إذا زنا بامرأة ، وله أربع سواها هل تعتزل الأربع حتى يستبرىء الرابعة ، أو واحدة ؟ »

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وغيره : جواز الاختيار في حال إحرامه . وهو صحيح وهو المذهب .

قدمه في المغني ، والشرح ، ونصراه

وقدمه ابن رزين في شرحه ، لأنه استدامة .

وقال القاضي : لا يختار ، والحالة هذه وأطلقهما في الفروع

فوائد

إحداها : موت الزوجات لا يمنع اختيارهن . فلو أسلم وتحته ثمان نسوة ، أسلم معه أربع منهن ثم متن ، ثم أسلم البواقي في العدة : فله أن يختار الأحياء . ويتبين أن الفرقة وقعت بينه وبين الموتى باختلاف الدين . فلا يرثهن .

وله أن يختار الموتى فيرثهن . ويتبين أن الأحياء بِنَّ لاختلاف الدين ، وعدتهن من ذلك الوقت .

ذكره القاضي في الجامع . لأن الاختيار ليس بإنشاء عقد في الحال وإنما تبين به من كانت زوجته . والتبين يصح في الموتى ، كما يصح في الأحياء .

وقاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

الثانية : لو أسلم وتحته أكثر من أربع ، أو من لا يجوز جمعه في الإسلام . فاختار ، وانفسخ نكاح العدد الزائد قبل الدخول : فلا مهر لهن .

ذكره القاضي في الجامع ، والخلاف . وجزم به صاحب المغني ، والمحرر .

قال في القواعد : ويتخرج وجه لوجوب نصف المهر .

الثالثة : صفة الاختيار أن يقول « اخترت نكاح هؤلاء » أو « أمسكتهن » أو « اخترت حبسهن » أو « إمساكهن » أو « نكاحهن » ونحوه . أو يقول « تركت هؤلاء » أو « فسخت نكاحهن » أو « اخترت مفارقتهن » ونحوه . فيثبت نكاح الآخر . وإن لم يختر : أجبر عليه بحبس وتعزير .

وعدة دون الصغر : سد اختار على الصحيح

قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمحرر ، والنظم ، وغيرهم .

قال فى القواعد الفقهية : هذا المشهور .

وقيل : سد أسلم . وأطلقهما فى الفروع .

وقيل : إذا اختار أربعاً قد أسلمن : أن عدة البواقى ، إن لم يسلمن : من وقت إسلامه . وكذا إن أسلمن ، على الصحيح

قوله (فَإِنْ طَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ ، أَوْ وَطِئَهَا : كَانَ اخْتِيَارًا لَهَا)

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم وجزم به الزركشى فى الطلاق وقدمه فى الوطء .

وقال المصنف ، والشارح . وإن وطىء كان اختياراً ، فى قياس المذهب . وقدمه فيهما فى الفروع .

وقيل : ليس اختياراً فيهما .

وفى الواضح وجه : أن الوطء هنا كالوطء فى الرجعة .

وذكر القاضى فى التعليق ، فى باب الرجعة : أن الوطء لا يكون اختياراً

قال فى القاعدة التاسعة بعد المائة : لو أسلم الكافر ، وعنده أكثر من أربع نسوة ، فأسلمن ، أو كن كتابيات ـ فالأظهر : أن له وطء أربع منهن ويكون اختياراً منه لأن التحريم إنما تتعلق بالزيادة على الأربع .

وكلام القاضى قد يدل على هذا

وقد يدل على تحريم الجميع قبل الاختيار انتهى

تنبيه : ظاهر كلام المصنف فى الطلاق : أنه سواء كان بلفظ الطلاق ، أو السراح ، أو الفراق وهو صحيح . لكن شرط أن ينوى بلفظ « السراح » أو

« الفراق » الطلاق . وهذا المذهب قدمه في المغني ، والشرح ، والفروع

وقال القاضي في « الفراق » عند الإطلاق وجهان

أحدهما : أنه يكون اختياراً للمفارقات لأن لفظ « الفراق » صريح في الطلاق

قال المصنف ، والشارح : والأول أولى

وقال في الكافي ، والبلغة ، والرعاية الكبرى : وفي لفظ « الفراق » و« السراح » وجهان ، يعنون : هل يكون فسخاً للنكاح ، أو اختياراً له ؟

واختار في الترغيب : أن لفظ « الفراق » هنا : ليس طلاقاً ولا اختياراً ، للخبر .

قوله ﴿ وَإِنْ طَلَّقَ الْجَمِيعَ ثَلَاثًا : أَقْرَعَ بَيْنَهُنَّ . فَأَخْرَجَ بِالْقُرْعَةِ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ . وَلَهُ نِكَاحُ الْبَوَاقِي ﴾ .

يعني بعد انقضاء عدتهن صرح به الأصحاب

وهذا المذهب اختاره ابن عبدوس في تذكرته

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافي ، والوجيز ، وغيرهم

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وقيل : لا قرعة ويحرمن عليه ولا تنحل إلا بعد زوج وإصابة

قال القاضي — في خلافه — في كتاب البيع : طلق الجميع ثلاثاً

قال في القواعد : وهذا يرجع إلى أن الطلاق فسخ ، وليس باختيار .

ولكن يلزم منه أن يكون للرجل في الإسلام أكثر من أربع زوجات يتصرف فيهن بخصائص ملك النكاح ، من الطلاق وغيره وهو بعيد

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله أن الطلاق هنا فسخ . ولا يحتسب به من الطلاق الثلاث وليس باختيار

فائدة : لو وطىء الكل تعين له الأول[1] .

قوله ﴿ وَإِنْ ظَاهَرَ ، أَوْ آلَى مِنْ إِحْدَاهُنَّ . فَهَلْ يَكُونُ اخْتِيَارًا لَهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : لا يكون اختياراً . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر

قال فى البلغة : لم يكن اختياراً على الأصح .

قال الزركشى : هذا أشهر الوجهين واختاره ابن عبدوس فى تذكرته وجزم به فى الوجيز ، ونهاية ابن رزين .

وهو ظاهر ما جزم به الأزجى فى منتخبه . وقدمه فى الكافى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله . وهو الذى ذكره القاضى فى الجامع ، والمجرد وابن عقيل .

والوجه الثانى : يكون اختياراً . وهو احتمال فى الكافى .

قال فى المنور : لو ظاهر منها فمختارة .

وقال فى إدراك الغاية ، وتجريد العناية وطلاقه ووطؤه اختيار لاظهاره وإيلاؤه فى وجه .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ ، فَعَلَى الْجَمِيعِ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ﴾

هذا أحد الوجهين . اختاره القاضى فى الجامع . وجزم به فى الوجيز ، والمنور .

(١) كذا فى الأصول . ولعلها : تعينت الأولى .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وإدراك الغاية ، وغيرهم

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب

ويحتمل أن يلزمهن أطول الأمرين . من ذلك ، أو ثلاثة قروء . إن كن ممن يحيض ، أو إن كانت حاملاً فوضعه . والآيسة والصغيرة عدة الوفاة وهو المذهب

قال الشارح : هذا الصحيح والأولى والقول الأول لا يصح .

وجزم به فى الفصول ، والكافى ، والمغنى وقدمه فى تجريد العناية .

قلت : وهو الصواب وأطلقهما فى النكت ، والفروع .

وقيل : يلزمهن الأطول من عدة الوفاة ، أو عدة الطلاق وقطع به القاضى فى المجرد

قال فى الرعايتين : لزمهن عدة الوفاة

وقيل : يلزم المدخول بها الأطول من عدة الوفاة أو عدة طلاق من حين الإسلام .

وقيل : هذا إن كن ذوات أقراء ، وإلا فعدة وفاة كمن لم يدخل بها . انتهى

فوائد

إحداها : لو أسلم معه البعض دون البعض ، ولم تكن بيات ، لم يجز فى غير مسألة وله إمساك من شاء عاجلا ، وتأخيره حتى يسلم من بقى ، أو تفرغ عدتهن . هذا المذهب .

قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وغيرهم

وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته ، والفروع ، وغيرهما .

وقيل متى بعض الكوافر عن أربع : لزمه تعجيله بقدر البعض

وإذا عجل اختيار أربع قد أسلمن ، فعدة البواقي إن لم يسلمن : من وقت إسلامه . وكذا إن أسلمن على الصحيح .

قدمه في الرعايتين ، والزبدة . وصححه في تصحيح المحرر ، والنظم ، وغيرهم

وجزم به ابن عبدوس في تذكرته ، وغيره .

وقيل : تعتد من وقت اختياره

قال في الرعايتين : وهو أولى

وأطلقهما في المحرر ، والحاوي الصغير ، والفروع

وإذا انقضت عدة البواقي ، ولم يسلم إلا أربع أو أقل فقد لزم نكاحهن .

ولو اختار أولا فسخ نكاح مسلمة : صح إن تقدمه إسلام أربع سواها . وإلا لم يصح بحال . وهذا الصحيح من المذهب .

قدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وجزم به ابن عبدوس في تذكرته ، وغيره

وقيل : توقف . فإن نكل بعد إسلام أربع سواها ثبت الفسخ فيها وإلا بطل

الثانية : لو أسلمت المرأة ، ولها زوجان أو أكثر ، تزوجاها في عقد واحد : لم يكن لها أن تختار أحدهما . ذكره القاضي محل وفاق

الثالثة : قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِالأُمِّ ، فَسَدَ نِكَاحُهُمَا ﴾ .

بلا نزاع . لكن المهر يكون للأم

قاله في الترغيب وغيره . وجزم به في الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ إِمَاءٌ ، فَأَسْلَمْنَ مَعَهُ — وَكَانَ فِي حَالِ اجْتِمَاعِهِمْ عَلَى الإِسْلَامِ — مِمَّنْ يَحِلُّ لَهُ الإِمَاءُ ، فَلَهُ الاخْتِيَارُ مِنْهُنَّ ، وَإِلَّا فَسَدَ نِكَاحُهُنَّ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في الفروع ، وغيره .

وقال أبو بكر: إن كان قد دخل بهن ثم أسلم، ثم أسلمن في عدتهن لا يجوز له الاختيار هنا، بل تبين بمجرد إسلامه. ورده المصنف وغيره.

قوله ﴿ وإن أسلم وهو موسر، فلم يسلمن حتى أعسر: فله الاختيار منهن ﴾

قطع به الأصحاب.

وقال في الفروع: اختار إن جاز له نكاحهن وقت اجتماع إسلامه بإسلامهن، وإلا فسد.

وإن تنجزت الفرقة اعتبر عدم الطول، وخوف العنت وقت إسلامه. قاله في الترغيب.

تنبيه: مفهوم قوله ﴿ وإن عتقت، ثم أسلمت، ثم أسلمن: لم يكن له الاختيار من البواقي ﴾.

أنها لو عتقت ثم أسلمت بعد إسلامهن كان له الاختيار. وهو أحد الوجهين.

والوجه الثاني: ليس له الاختيار، بل تعين الأولى إن كانت تعفه. وهو المذهب. قدمه في الفروع. وجزم به في المحرر، والرعايتين، والحاوي، وغيرهم.

تنبيه: قوله ﴿ وإن أسلم وتحته حرة وإماء، فأسلمت الحرة في عدتها قبلهن، أو بعدهن، انفسخ نكاحهن ﴾.

وتعينت الحرة إن كانت تعفه.

هذا مقيد بما إذا لم تعتق الإماء، ثم يسلمن في العدة. فأما إن عتقن، ثم أسلمن في العدة: فإن حكمهن كالحرائر.

فائدة: قوله ﴿ وإن أسلم عبد وتحته إماء، فأسلمن معه، ثم عتق: فله أن يختار منهن ﴾

هذا صحيح . لكن لو أسلم وتحته أربع إماء ، فأسلمت ثنتان . ثم عتقن ، فأسلمت الثنتان الباقيتان كان له أن يختار من الجميع أيضاً . على أحد الوجهين .

وجزم به في الرعاية

والوجه الثاني : تتعين الأولتان وأطلقهما في الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ وَعَتَقَ ، ثُمَّ أَسْلَمْنَ : فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْحُرِّ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ إِلَّا بِوُجُودِ الشَّرْطَيْنِ فِيهِ ﴾ .

بلا نزاع أعلمه

فائدة : لو كان تحته أحرار ، فأسلم وأسلمن معه : لم يكن للحرة خيار الفسخ . على الصحيح من المذهب . اختاره المصنف وغيره .

قال القاضي ، وابن عقيل : هذا قياس المذهب .

وقال القاضي في الجامع : هو كالعيب الحادث .

كتاب الصداق

فائدة تسمى فى العقد ثمانية أسماء « الصداق ، والصَّدُقة » بضم الدال المهملة ومنه (٤ . ٤ وآتوا النساء صَدُقاتهن نِحْلة) و « الطَّوْل » ومنه قوله تعالى (٤ ٢٥ ومن لم يستطع منكم طَوْلاً) أى مهر حُرة . و « النحلة ، والأجر ، والفريضة ، ومهر ، والنكاح » ومنه (٢٤ . ٣٣ وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً) و « العلائق » و « العقر » بضم العين وسكون القاف و « الحباء » ممدوداً مع كسر الحاء المهملة .

قوله (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يَعْرَى النِّكَاحُ عَنْ تَسْمِيَتِهِ) .

الصحيح من المذهب : أن تسمية الصداق فى العقد مستحبة وعليه جماهير الأصحاب رحمهم الله

وقال فى التبصرة تكره تَرْك التسمية فيه وتأتى ذكر الخلاف

تنبيه : قوله « ويستحب أن لا يعرى النكاح عن تسميته »

هذا مبنى على أصل . وهو أن الصداق : هل هو حق لله ، أو للآدمى ؟ .

قال القاضى فى التعليق ، وأبو الخطاب ، وغيره من أصحابه ، فى كتب الخلاف : هو حق للآدمى . لأنه يملك إسقاطه بعد ثبوته والعفو عنه .

وتردد ابن عقيل ، فقال مرة كذلك ، وقال أخرى : هو حق لله لأن النكاح لا يعرى عنه ثبوتاً ودوماً فهو كالشهادة وقاله أبو على الصفير .

قال الزركشى : وهو قياس المنصوص فى وجوب المهر ، فى إذا زوج عبده من أمته .

فإن قيل بالأول — وهو كونه حقاً للآدمى — فالحل مستفاد من العقد بمجرده ويستحب ذكره فيه ، وصرح به الأصحاب

وهل هو عوض حقيقى ، أم لا ؟ .

الأصحاب فيه تردد ومنهم من ذكر احتمالين .

ونسبى على ذلك لو أحده بالشفعة وغير ذلك .

وإن قيل : هو حق لله فالحق مرتب عليه مع العقد

وتقدم فى أول كتاب النكاح « هل المعقود عليه المنفعة أو الحل ؟ » .

قوله ﴿ وَأَنْ لَا يَزِيدَ عَلَى صَدَاقِ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَبَنَاتِهِ وَهُوَ خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، وغيره

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : يسن أن لا يغير خمسمائة درهم

وقال فى المحرر ، والنظم ، والوجيز ، والفروع ، وغيرهم : من أربعمائة إلى خمسمائة

وقال القاضى فى الجامع قول الإمام أحمد رحمه الله « أربعمائة » يعنى : من الدراهم التى وزن الدرهم منها مثقال فتكون الأربعمائة خمسمائة ، أو قريباً منها بضرب الإسلام .

وقدم فى الترغيب : أن السنة أن لا يزيد على مهر بناته صلى الله عليه وسلم ، وهو أربعمائة

قال فى النبذة : السنة أن لا يزيد على مهر بنات النبى صلى الله عليه وسلم ، وهو أربعمائة درهم

وقال : على مهر بناته وهو خمسمائة درهم .

وقال فى مجمع البحرين : يستحب جعله حقيقاً أربعمائة ، كصداق بنات النبى صلى الله عليه وسلم ، وإلى خمسمائة ، كصداق زوجاته

وقيل : بناته انتهى

قال فى المستوعب : وروى عن الإمام أحمد رحمه الله . أنه قال « الذى نحبه أربعمائة درهم ، على قصد النبى صلى الله عليه وسلم فى بناته »

قال القاضي : وهذا يدل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أصدق نسائه غير ما أصدقه زوجاته . لأن حديث عائشة « أنه أصدق نساءه اثنتي عشرة أوقية ونشّ » والنش : نصف أوقية . وهو عشرون درهما .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : كلام الإمام أحمد رحمه الله — في رواية حنبل — يقتضي أنه يستحب أن يكون الصداق أربعمائة درهم . وهو الصواب ، مع القدرة واليسار . فيستحب بلوغه . ولا يزاد عليه .

قال : وكلام القاضي وغيره يقتضي أنه لا يستحب . بل يكون بلوغه مباحاً . انتهى .

قوله ﴿ ولا يتقدَّرُ أقلُّهُ ولا أكثرُهُ ، بل كُلُّ ما جازَ أنْ يكونَ ثمناً أو أُجرةً : جازَ أنْ يكونَ صداقاً ﴾ .

هذا المذهب وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

واشترط الحنفي أن يكون له نصف يحصل ، فلا يجوز على فلس ونحوه .

وتبعه على ذلك ابن عقيل في الفصول ، والمصنف ، والشارح . وفسروه بنصف يتمول عادة .

قال الزركشي : وليس في كلام الإمام أحمد هذا الشرط . وكذا كثير من أصحابه ، حتى تابع ابن عقيل — في ضمن كلام له — فجوز الصداق بالحبة والنمرة التي يلتبد مثلها .

قال الزركشي : ولا يعرف ذلك .

فائدة : ذكر القاضي أبو يعلى الصغير ، والمصنف في المغني ، وغيرهما أنه يستحب أن لا ينقص المهر عن عشرة دراهم .

قوله ﴿ وإنْ تزوَّجها ﴾ يعني الحر ﴿ عَلَى منافعِهِ مُدَّةً مَعْلُومَةً فعلى روايتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

إحداهما : يصح . وهو المذهب .

جزم به فى تذكرة ابن عقيل ، وشرح ابن رزين ، والكافى ، والوجيز ، وغيرهم وصححه المصنف ، والشارح ، وصاحب النظم ، والنظم ، والتصحيح ، وتجريد العناية ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس ، وغيره

والرواية الثانية : لا يصح .

وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله قولا . أن محل الخلاف يختص بالخدمة لما فيه من المهنة و مشقة

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله وإذا لم تصح الخدمة صداقا ، فقياس المذهب أنه يجب قيمة المنفعة المشروطة ، إلا إذا علما أن هذه المنفعة لا تكون صداقا فيشبه ما لو أصدقها مالا مغصوبا ، فى أن لها أجر مثل فى أحد الوجهين

تنبيه : ذكر صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتبصرة ، والترغيب ، والمنعة ، وغيرهم . الروايتين فى « منافعه مدة معلومة » كما قال المصنف هنا

وأطلقوا منفعة ، ولم يقيدوها بالعلم ، لكن قيدوها بالمدة المعلومة ثم قالوا بعد ذلك . وقال أبو بكر : يصح فى خدمة معلومة ، كبناء حائط ، وخياطة ثوب .

ولا يصح إن كانت مجهولة ، كرد عبده الآبق ، أو خدمتها فى أى شىء أرادته سنة . فقيد المنفعة بالعلم . ولم يذكر المدة . وهو الصواب .

وقال فى الفروع : وفى « منفعته المعلومة مدة معلومة » روايتان

ثم ذكر بعض من نقل عن أبى بكر ، تقييد المنفعة والمدة بالعلم .

وقال فى الرعاية : وفى منفعة نفسه ـ وقيل : المقدرة ـ روايتان .

وقيل : إن عين العمل : صح . وإلا فلا .

فوائد

احداها : لو تزوجها على منافع حر غيره مدة معلومة : صح على الصحيح من المذهب . جزم به في المحرر ، وغيره

واختاره ابن عبدوس في تذكرته ، والشيخ تقي الدين ، وغيرهما وقدمه في الفروع ، وغيره

وقيل : هي كالأولى . وقاله القاضي في التعليق ، وابن عقيل

الثانية : لا يضر جهل يسير ، ولا غرر يرجى زواله على الصحيح من المذهب

وقيل يضر

فعلى المذهب لو تزوجها على أن يشتري لها عبد زيد : صح على الصحيح من المذهب نص عليه . وقيل لا يصح .

فعلى المنصوص : لو تعذر شراؤه بقيمته ، فلها قيمته

الثالثة : يصح عقده أيضاً على دين سَلَم ، وغيره وعلى غير مقدور له كآبق ، ومغتصب يحصله . وعلى مبيع اشتراه ولم يقبضه نص على ذلك كله .

وجزم به في الرعايتين ، وغيره . وصححه في النظم ، وغيره .

وقدمه في المحرر ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : لا تصح التسمية في الجميع ، كثوب ، ودابة ، ورد عبدها أين كان . وخدمتها سنة فيما شاءت ، كما تقدم وما يثمر شجره ، ومتاع بيته .

قوله (وإنْ أَصْدَقَها تَعْلِيمَ أَبْوَابٍ مِنَ الفِقْهِ ، أَوِ الحَدِيثِ ، أَوْ قَصِيدَةٍ مِنَ الشِّعْرِ المُبَاحِ . صَحَّ) .

وكذا لو أصدقها تعليم شيء من الأدب ، أو صنعة ، أو كتابة وهذا المذهب . وأطلقه كثير من الأصحاب هنا

قال فى الهداية وغيره ، فى القصيدة : يصح رواية واحدة وقدمه فى الرعايتين

قال فى اللمعة ، وتجريد العناية : ويصح على تعليم حديث ، وفقه ، وشعر مباح وقطعه به .

وقيده المصنف ، والمجد ، والشارح ، والحاوى ، وغيرهم ، بما إذا قدر : بخوار أحد الأجرة على تعليمها

وجزم فى المنور بعدم الصحة . وقدمه فى النظم فى الفقه

وأطلق فى الفروع — فى باب الإجارة ، فى جواز أخذ الأجرة على تعليم الفقه والحديث — الوجهين كما تقدم هناك

قوله (وإن كان لا يحفظها : لم يصح) .

وجزم به فى الوجيز

قال الشارح : سقط فى قوله . فإن قال « أجعل لك تعليم هذه السورة » صح . لأن هذا منفعة فى ذمته لايختص بها فجاز أن يستأجر عليها من يحسنها .

وإن قال « على أن أحفظك » فذكر القاضى فى الجامع : أنه لايصح .

وذكر فى المجرد احتمالا بالصحة . أشبه مالو أصدقها عملا فى ذمته ، ولو كان معسراً به .

قال فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع : ويصح على قصيدة لايحسنها ، فيتعلمها ثم يعلمها .

وقيل لاتصح التسمية

وقال فى الرعايتين ، فى القراءة : لو شرط سورة لا يعرفها تعلم وعلم ، كمن شرط تعلمها

وقيل يبطل

وقال بعد ذلك : وإن أصدقها تعليم فقه ، أو حديث ، أو أدب ، أو شعر مباح معلوم ، أو صنعة ، أو كتابة : صح . وفروعه كفروع القراءة . انتهى

قوله ﴿ ويحتمل أن يصح ، ويتعلمها ثم يعلمها ﴾

وهذا المذهب نص عليه وهو الذى قدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم

قال فى الفروع بعد نصه : يصح ولو لم يحفظه نصا

فائدة : قوله ﴿ وإن تعلمتها من غيره . لزمه أجرة تعليمها ﴾

وهذا بلا ريب لكن لو ادعى الزوج أنه علمها ، وادعت أن غيره علمها .

كان القول قولها ، على الصحيح من المذهب

قدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم

واحتمله ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره

وقيل القول قوله

قوله ﴿ وإن طلقها قبل الدخول وقبل تعلمها . فعليه نصف الأجرة ﴾

وهو مذهب جزم به فى الفصول ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير

وقيل : يلزمه نصف مهر مثل

ويحتمل أن يلزمه نصفه بشرط أمن الفتنة .

وهو رواية عن الإمام أحمد ، رحمه الله ووجه فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما

وجزم به فى الهداية ، والخلاصة . وقدمه فى المنور ، والرعايتين

وأطلقهن فى المذهب ، والمغنى ، والشرح

على هذا لو جاء بمعلم من وراء حجاب من غير خلوة بها .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو طلقها بعد الدخول[1] ، وقبل تعليمها فله نصف

والشارح ، وغيرهما فعليه الأجرة كاملة

(١) فى نسخة طبعت « قبل الدخول »

وقيل : يلزمه مهر المثل

ويحتمل أنه يلزمه تعليمها كاملة له ، قياساً على ما تقدم قبله

الثانية : قوله ﴿ وإنْ كان بعد تعليمها : رجع عليها بنصف الأجرة ﴾

بلا نزاع . ولو حصلت الفرقة من جهتها : رجع بالأجرة كاملة عليها

قوله ﴿ وإنْ أصدقها تعليم شيء من القرآن معين : لم يصح ﴾

هذا المذهب . نص عليه وعليه أكثر الأصحاب . منهم : أبو بكر ، والمصنف والشارح ، وابن منجا ، وغيرهم

وصححه في هداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

قال في البلغة ، والنظم : هذا المشهور .

وجزم به في الوجيز ، ومنور ، ومنتخب الأدمي ، وغيرهم

وقدمه في الفروع ، وغيره . وعنه : يصح

قال ابن رزين : هذا الأظهر . واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وجزم به في عيون المسائل .

وأطلقهما في تذكرة ابن عقيل ، والمستوعب ، والرعايتين

وقيل : يصح مطلقاً

وقيل : بل يصح إن عين أحد الأجرة عليه . ذكره في الرعايتين .

وجزم به في المحرر ، والحاوي الصغير

قلت . الذي يظهر : أن هذا مراد من قال « لا يصح » وأطلق وأن الخلاف مبني على تصور أحد الأجرة على ذلك ، على ما تقدم في باب الإجارة .

قوله ﴿ ولا يحتاج إلى ذكر قراءة من ﴾

بناء على القول بالصحة . لا يشترط أن يعين قراءة شخص من القراء وهذا هو الصحيح اختاره المصنف ، والشارح . وقدمه في الفروع .

وقال أبو الخطاب: يحتاج إلى ذلك

وجزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، وصححه في النظم، والرعايتين، وأطلقهما ابن منجا في شرحه.

فوائد

الأولى: هل يتوقف الحكم بقبض السورة على تلقين جميعها، أو تلقينُ كل آية قبض لها؟ فيه احتمالان. ذكرهما الأرجحي

قلت: الصواب، الذي لا شك فيه: أن تلقين كل آية قبض لها، لأن تعليم كل آية يحصل به نفع كامل، فهو كقبض بعض الصداق إذا كان عينا.

الثانية: أجرى في الواضح الروايتين في بقية القُرَب، كالصلاة والصوم ونحوهما

الثالثة: لا يصح إصداق الذمية شيئاً من القرآن. وإن صححناه في حق المسلمة على الصحيح من المذهب نص عليه وقدمه في الفروع

وقيل: يصح

قال القاضي في المجرد، وابن عقيل: يصح بقصدها الاهتداء.

وقطع به في المذهب

وتقدم في أحكام أهل الذمة: أنهم يمنعون من قراءة القرآن على الصحيح من المذهب

الرابعة: لو طلقها ووُجدت حافظة لما أصدقها، وتنازعا: هل علمها الزوج أم لا؟ فأيهما يقبل قوله؟ فيه وجهان

أطلقهما في القاعدة الثالثة عشر

قلت: الصواب قبول قولها.

وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير

قوله ﴿ وإذا تزوج نساء بمهر واحد ، وخالعهن بعوض واحد : صح ويقسم بينهن على قدر مهورهن في أحد الوجهين ﴾ .

وهو المذهب . اختاره ابن حامد ، والقاضي ، والمصنف ، والشارح . وصححه في التصحيح .

وجزم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجي . وقدمه في الهداية ، والمستوعب ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع وغيرهم

وفي الآخر : يقسم بينهن بالسوية

اختاره أبو بكر . وذكره ابن حمدان رواية

وأطلقهما في المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة

وقيل في الخلع : يقسم على قدر مهورهن . وفي الصداق يقسم بينهن بالسوية

وقال : الصداق يقسم بينهن بالسوية على عددهن

وفي المحرر ، والفروع وغيرهما ، في الخلع : أن العوض يقسم بينهن على قدر مهورهن المسماة لهن

والقولان الأولان فيهما على قدر مهور مثلهن أو على عددهن بالسوية ، كالقولين في الصداق ونحوه[1]]

فائدة : لو كان عقد بعضهن فاسداً : ففيه الخلاف المتقدم على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع .

وقيل : التي عقدها فاسد : مهر المثل . وهو احتمال في الترغيب من صحة العقود

قوله ﴿ ويشترط أن يكون معلوماً كالثمن . فإن أصدقها داراً غير معينة ، أو دابة : لم يصح ﴾ .

وهذا المذهب مطلقاً . اختاره أبو بكر ، وغيره . وجزم به في الوجيز ، وغيره

(١) ما بين المعقوفين ليس في مصورة طنطا .

وقدمه ابن منجا في شرحه، وهو ظاهر ما قدمه الشارح

وقال القاضي: يصح مجهولا، ما لم ترد جهالته على مهر المثل

فعليه: لو تزوجها على عبد أو أمة، أو فرس أو بغل، أو حيوان من جنس معلوم، أو ثوب هروي أو مروي، وما أشبهه - مما يذكر جنسه - صح، وهو الوسط

وكذا لو أصدقها قفيز حنطة، أو عشرة أرطال زيت، وما أشبهه

فإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل - كثوب، أو دابة، أو حيوان - من غير ذكر الجنس، أو على حكمها، أو حكم أجنبي، أو على حنطة، أو زبيب، أو على ما أكتسبه في العام: لم يصح

ذكره المصنف، والشارح، وغيرهما

ويأتي معنى هذا قريبا عند قوله «وكذلك يحتاج إذا أصدقها دابة من دوابه ونحوه»

قوله (وإنْ أصْدقها عبْدًا مُطْلقًا: لمْ يَصِحَّ)

وهو المذهب، اختاره أبو بكر، وأبو الخطاب، والمصنف، والشارح.

وقدمه في المذهب، ومسبوك الذهب، والكافي، ونصره.

وجزم به في الوجيز، ومنتخب الآدمي

قال ابن منجا: هذا المذهب

وقال القاضي: يصح، وهو الوسط

قال في الفروع: وظاهر نصه صحته

واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

وجزم به في المنور، وإدراك الغاية.

وقدمه في المحرر، والنظم، والخلاصة، والرعايتين، والحاوي الصغير - وقال: نص عليه - وإدراك الغاية

وظاهر المستوعب، والفروع: الإطلاق

فائدة : قوله ﴿ وهُوَ السِّنْدِيّ ﴾

قال فى المحرر ، والرعايتين ، والفروع : لها فى المطلق وسط رقيق الجلد نوعا وقيمة ، كالسندى بالعراق .

زاد فى الفروع ، فقال : لأن أعلى الصيد : التركى والرومى ، وأدناها : الزنجى ، والحبشى والوسط : السندى والمصورى .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : نص الإمام أحمد رحمه الله — فى رواية جعفر الدينورى — أن لها وسطا ، يعنى : فيما إذا أصدقها عبداً من عبيده ، على قدر ما يخدم مثلها .

وهذا يقتضى للوسط أن يكون ممن يخدم مثلها انتهى

وقال أيضاً : والذى ينبغى فى سائر أصناف المال — كالعبد ، والشاة ، والبقرة ، والثياب ، ونحوها — أنه إذا أصدقها شيئاً من ذلك أنه يرجع فيه إلى مسمى ذلك اللفظ فى عرفهم . وإن كان بعض ذلك عاماً : أحدبه ، كالبيع ، أو كان من عادتها اقتناؤه أو لبسه : فهو كالملفوظ به . انتهى .

وبناء على أنه إذا أصدقها ثوباً هروياً أو مروياً ، أو ثوباً مطلقاً ، قريباً .

وتقدم ذلك أيضاً .

قوله ﴿ وإنْ أَصْدَقَهَا عَبْداً مِنْ عَبِيدِهِ : لَمْ يَصِحَّ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ﴾

واختاره هو والمصنف ، والشارح وقدمه فى الكافى . ونصره .

وروى عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه يصح . وهو المذهب

قال فى المستوعب ، والفروع . وظاهر نصه محته واختاره القاضى وأبو الخطاب ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير — وقال : نص عليه — وإدراك الغاية ، وغيرهم

قال فى القاعدة الخامسة بعد المائة : إذا أصدقها منهما من أعيان مختلفة : فى الصحة وجهان . أصحهما : الصحة . انتهى

وظاهر الفروع : الإطلاق . فإنه قال فيه ، وفى التى قبلها : ، يصح عند أبى بكر والشيخ وظاهر نصه : صحته انتهى

فتلخص فى المسألتين : أن أبا بكر والمصنف وجماعة ، قالوا : بعدم الصحة فيهما وأن القاضى وجماعة ، قالوا : بالصحة فيهما وأن أبا الخطاب وجماعة ، قالوا : لا تصح فى الأولى ، وتصح فى الثانية وهو المذهب . كما تقدم

معنى المذهب : لما أحدهم بالقرعة . على الصحيح من المذهب نص عليه فى رواية مهنا .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، والرعايتين ، والفروع .

وعنه : لها الوسط . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته وجزم به فى المنور

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، وذوى البصير

وأطلقهن فى القاعدة السبعين بعد المائة

وقيل : لها ما اختارت منهم .

وقيل : هو كبدره عتق أحدهم . ذكره ابن عقيل .

وقيل لها ما اختار الزوج .

وأطلق الثلاثة ـ الأول والأخير ـ فى النبذة .

وحكى ابن عقيل أنهم إن تساووا فيه واحد بالقرعة . وإلا فلها الوسط .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ يَخْرُجُ إِذَا أَصْدَقَهَا دَابَّةً مِنْ دَوَابِّهِ ، أَوْ قَمِيصًا مِنْ قُمْصَانِهِ ﴾ .

وكذا لو أصدقها عمامة من عمائمه ، أو حمارا من حميره ، ونحو ذلك .

وهذا التخريج لأبي الخطاب ، ومن تابعه من الأصحاب

وقطع في المحرر وغيره : أنه كذلك

قال في الفروع ، والمحرر : وثوب مروي ، ونحوه : كعبد مطلق لأن أعلى الأجناس وأدناها من الثياب غير معلوم وثوب من ثيابه ، ونحوه : كقفيز حنطة وقنطار زيت ، ونحوه : كعبد من عبيده .

وجزم بالصحة في ذلك في الوجيز .

ومنع في الواضح ، في غير عبد مطلق

ومنع أبو الخطاب في الانتصار : عدم الصحة في قوس أو ثوب .

وقال : كل ما جهل دون جهالة المثل : صح

وتقدم ذلك عن القاضي أيضاً

قوله (وإنْ أَصْدَقَها عَبْدًا مَوْصُوفًا : صَحَّ)

قطع به الأصحاب وفي رعاية الصغرى : وجه بعدم الصحة وفيه نظر . قاله بعضهم

قوله (وإنْ جاءَها بِقِيمَتِهِ ، أَوْ أَصْدَقَها عَبْدًا وَسَطًا ، أَوْ جَاءَها بِقِيمَتِهِ ، أَوْ خَالَعَتْهُ عَلَى ذَلِكَ . فَجَاءَتْهُ بِقِيمَتِهِ : لَمْ يَلْزَمْهَا قَبُولُها)

هذا أحد الوجهين وهو المذهب

اختاره أبو الخطاب في الهداية ، والمصنف ، والشارح

وصححه في تصحيح المحرر ، والخلاصة . وقدمه في النظم

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب . وجزم به الشيرازي

وقال القاضي : يلزمها . وقدمه في الرعايتين

وقطع به ابن عقيل في عمد الأدلة ، والشريف ، وأبو الخطاب في خلافيهما .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسموك الذهب ، والمحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع

قوله ﴿ وَإِنْ أَصْدَقَهَا طَلَاقَ امْرَأَةٍ له أُخْرَى : لَمْ يَصِحَّ ﴾

يعنى لم يصح جعل الطلاق صداقا . وهو المذهب . اختاره أبو بكر وغيره .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال فى النظم ، وتجريد العناية : لم يصح فى الأصح .

وجزم به فى منتخب الأدمى . وقدمه فى الخلاصة ، والكافى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه يصح جزم به فى الوجيز . ولم أر من اختاره غيره مع أن له قوة .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسموك الذهب ، والمستوعب ، والتبصرة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ولو قيل ببطلان النكاح : لم يبعد لأن المسمى فاسد لا بدل له . فهو كالخمر ونكاح الشغار .

قدم فى المذهب : لها مهر مثلها قاله القاضى فى الجامع ، وأبو الخطاب ، وغيرهما

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والرعايتين ، والحاوى وغيرهم .

وحكى القاضى فى المجرد عن أبى بكر : أنها تستحق مهر الصرة وقاله ابن عقيل

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهو أجود . ذكره فى الاختيارات .

قوله ﴿ فَإِنْ فَاتَ طَلَاقُهَا بِمَوْتِهَا ، فَلَهَا مَهْرُهَا فِى قِيَاسِ المَذْهَبِ ﴾ .

وهكذا قال فى الهداية وهو الصحيح على هذه الرواية .

جزم به فى المذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه فى النظم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والمغنى ، والشرح

وفرض المسألة فيما إذا لم يطلقها .

وقيل : لها مهر مثلها . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح ووجه فى اللمعة وأطلقهما .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو حمل صداقها أن يجعل إليها طلاق ضرتها إلى سنة قاله فى المستوعب ، والفروع ، وغيرهما .

وقيل : يسقط حقها من المهر إذا مضت السنة ولم تطلق ذكره أبو بكر . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح

الثانية : لو أصدقها عتق أمته صح ، بلا نزاع .

قوله ﴿ وإنْ تزوَّجها عَلَى ألفٍ إنْ كانَ أبُوها حيًّا ، وألفَيْنِ إنْ كانَ ميِّتًا : لَمْ يَصِحَّ . نصَّ عليْه ﴾ .

وهو المذهب اختاره أبو بكر ، وغيره .

قال المصنف ، والشارح : هذا أولى

قال فى الفروع ، ونصه : لا يصح .

وصححه فى النظم ، والخلاصة ، وغيرهم .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : بطل فى المشهور .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى البلغة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وعنه : يصح . وهى مخرجة خرجها بعض الأصحاب من التى بعدها . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَإنْ تزوَّجها عَلَى ألفٍ إنْ لَمْ تكُنْ لَهُ زَوْجَةٌ ، وَألفَيْنِ إنْ كَانَ لَهُ زَوْجَةٌ : لَمْ يَصِحَّ فِى قِياسِ الَّتِي قبْلَها ﴾ .

واختاره أبو بكر ، والمصنف ، والشارح .

قال فى الخلاصة : هو الأصح على الأصح .

قلت : وهو الصواب ، وهو رواية محرجة .

والمنصوص : أنه يصح ، وهو المذهب .

قال فى الفروع : ونصه يصح ، وصححه فى النظم .

قال فى المذهب : صح فى المشهور .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى البلغة ، والمحرر ، والرعايتين ، وأطلقهما فى الفروع .

قال فى الهداية ، والحاوى الصغير ، وغيرهم : نص الإمام أحمد رحمه الله فى الأولى : على وجوب مهر المثل ، وفى الثانية على صحة التسمية ، فيخرج فى المسألتين روايتان .

وقال فى المستوعب : قال أصحابنا تخرج المسألة على روايتين .

وقدم فى الحكمة عدم التخريج ، وهو المذهب كما تقدم . قال : وحمل بعض أصحابنا كل واحدة على الأخرى .

فائدة : وكذا الحكم لو تزوجها على أب إن لم يخرجها من دارها ، وعلى العين إن أخرجها ، ونحوه .

قوله (وإذا قال العبد لسيدته : أعتقينى على أن أتزوجك فأعتقته على ذلك عتق . ولم يلزمه شئ) .

وهذا المذهب ، وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، وغيرهم .

وكذا لو قالت : أعتقتك على أن تتزوج بى . لم يلزمه ذلك ، ويعتق .

وتقدم التنبيه على ذلك فى « باب أركان النكاح » عند قوله « إذا قال : أعتقتك وجعلت عتقك صداقك »

قوله ﴿ وَإِذَا فُرِضَ الصَّدَاقُ مُؤَجَّلاً ، وَلَمْ يُذْكَرْ مَحَلُّ الأَجَلِ : صَحَّ فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَمَحَلُّهُ : الفُرْقَةُ ، عِنْدَ أَصْحَابِنَا ﴾

اعلم أن الصداق يجوز فرضه مؤجلا أو معجلا بطريق أولى . ويجوز بعضه معجلا ، وبعضه مؤجلا .

ومتى فرض الصداق وأطلق : اقتضى الحلول .

وإن شرطه مؤجلا إلى وقت : فهو إلى أجله

وإن شرطه مؤجلا ، ولم يذكر محل الأجل - وهى مسألة المصنف - فالصحيح : أنه يصح . نص عليه وعليه أكثر الأصحاب ، منهم القاضى

وقدمه فى المستوعب ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقال أبو الخطاب : لا يصح .

يعنى لا يصح فرضه مؤجلا من غير ذكر محل لأجل . وله مهر المثل

وقال عن الأول : فيه نظر وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . واختاره القاضى فى الجامع الصغير .

وقدمه فى الخلاصة وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب

فعلى المذهب . قال المصنف هنا : ومحله الفرقة عند أصحابنا ، منهم القاضى . وجزم به فى المحرر ، والنظم ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، ومنتخب الأزجى وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والحاوى الصغير ، وغيرهم

وهو من مفردات المذهب

وعنه : يكون حالا . وذكرها ابن أبى موسى احتمالا

وقال ابن عقيل : يحتمل عندى أن يكون الأجل إلى حين الفرقة ، أو حين الخلوة والدخول

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : الأظهر أنهم أرادوا بالفرقة البينونة

فعلى هذا : الرجعية لا يحل مهرها إلا بانقضاء عدتها

قوله ﴿ وإنْ أصْدَقَهَا خَمْرًا ، أوْ خِنْزِيرًا ، أوْ مَالاً مَغْصُوبًا : صَحَّ النِّكَاحُ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب ، منهم الخرقي ، وابن حامد ، والقاضي ، والشريف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، وابن عبدوس ، وغيرهم

قال المصنف هنا : والمذهب صحته .

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وعنه أنه يعجبه استقبال النكاح — يعني أن النكاح فاسد — اختاره أبو بكر

واختاره أيضاً شيخه الخلال ، والجوزجاني لكن يشترط أن يكون بعض حالة العقد : أنه خمر ، أو خنزير ، أو مغصوب .

وحملها القاضي ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم على الاستحباب

تنبيه : إلحاق المغصوب بالخمر والخنزير : عليه أكثر الأصحاب منهم أبو بكر ، وابن أبي موسى ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، وصاحب المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل محل الخلاف فيما هو محرم لحق الله — كالخمر ، والخنزير ، والحر — ونحو ذلك . ولا يدخل[1] المغصوب فيصح به قولاً واحداً .

قال الزركشي وهذا اختيار الشيخين ، حتى بالغ أبو محمد فحكى الاتفاق عليه

قلت : وهو ظاهر كلام صاحب الرعاية ، والحاوي

---

(١) في نسخة طلعت : ونحو ذلك . لأنه يدخل .

قوله (ووجب مهرُ المثل) .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع

وعند ابن أبى موسى : يجب مثل المغصوب أو قيمته .

قال الزركشى : واختاره أبو العباس

وقال فى الواضح : إن باع المغصوب صاحبه ثمن مثله : لزمه

وعنه : يجب مثل الخمر خلا

فائدة : يجب المهر هنا بمجرد العقد . على الصحيح من المذهب .

وقال فى الترغيب ، والبلغة : وعنه يجب بالعقد ، بشرط الدخول .

قوله (وإن تزوجها على عبدٍ ، فخرج حُرًّا ، أو مغصوبًا ، أو عصيرًا ، فبانَ خمرًا : فلها قيمتُه)

يعنى يوم العقد

قال القاضى فى التعليق : إن خرج حراً فلها قيمته . وقطع به الأصحاب

وهو من مفردات المذهب

وإن خرج العبد مغصوباً فلها قيمته أيضاً . وهو المذهب .

وقطع به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم

وإن بان العصير خمراً ، فجزم المصنف هنا : أن لها قيمته . وهو أحد الوجوه .

اختاره القاضى

وجزم به فى المحرر ، والحاوى الصغير ـ وقالا : رواية واحدة ـ وابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الرعايتين ، والنظم

وقيل : لها مثل العصير . وهو المذهب . واختاره المصنف ، والشارح ، وردا قول القاضى

وجزم به فى الوجيز ، وغيره وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : له مهر المثل وقدمه فى الإيضاح

قال فى القمة يرجع إلى مهر المثل فى المثلى ، والقيمة فى غيره

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله : لا يلزمه فى هذه المسائل شىء

وكذا قال فى مهر معين تعذر حصوله

فائدة : لو تزوج على عبدين ، فتلف أحدهما حراً فالصحيح من المذهب أن له قيمة الحر فقط ، وأحد الرقيق . نص عليه وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه أن له قيمتهما

ولو تزوجها على عبد . فبان نصفه مستحقاً ، أو أصدقها ألف ذراع ، فبانت نصفها : خيرت بين أخذه وقسط النصف ، وبين قيمة الكل . ذكره أبو بكر ، وقال : هو معنى المنقول عن الإمام أحمد رحمه الله

قال المصنف ، والشارح : نص عليه وقدمه فى الفروع

وتقدم اختيار الشيخ تقى الدين رحمه الله أنه لا يلزمه شىء

قوله (وإن وجدت به عيبًا : فلها الخيار بين أخذ أرشه ، أو رده وأخذ قيمته)

وكذا لو كان ناقصاً صفة شرطها

[فأما الذى بالقمة إذا قبض مثله عنه ، ثم رد معيباً ، ونحوه . فيه يجب مثله ، لا أرشه ولا قيمته . كما قد صرح به الحر وغيره](1)

وحكم ذلك كله كالمبيع كما تقدم ذكره فى الفروع .

وقال الحارثى : هذا أحد الأوجه فى المذهب

---

(1) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله فى حاشيته .

وقال فى المحرر وغيره : وعنه لا أرش لها مع إمساكه .

فائدة : ذكر الزركشى عن الشيخ تقى الدين رحمه الله . أنه ذكر فى بعض قواعده : جواز فسخ المرأة النكاح ، إذا ظهر للمقود عليه حراً ، أو مغصوباً ، أو معيباً .

والإمام والأصحاب على خلاف ذلك .

قوله (وإنْ تَزَوَّجَها عَلَى أَلْفٍ لَهَا ، وَأَلْفٍ لأَبِيهَا صَحَّ . وكَانَا جَمِيعًا مَهْرَهَا . فإنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، بَعْدَ قَبْضِهِمَا : رَجَعَ عَلَيْهَا بِأَلْفٍ . وَلَمْ يَكُنْ عَلَى الأَبِ شَىْءٌ مِمَّا أَخَذَهُ) .

هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب

لكن يشترط فى الأب : أن يكون ممن يصح تحمله . قاله الأصحاب .

وذكر فى الترغيب رواية : أن المسمى كله لها . ويرجع به على الأب .

قال الزركشى . وحكى أبو عبد الله بن تيمية رواية ببطلان الشرط ، وصحة التسمية

وقيل : ببطلان ، ويجب مهر المثل . قاله الزركشى وغيره

فائدة : لو شرط أن جميع المهر له : صح . كشعيب صلى الله عليه وسلم .

فلو طلقها قبل الدخول رجع بنصفه عليها ، ولا شىء على الأب . وهذا الصحيح

وقاله القاضى وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم

وقيل : يرجع عليه بنصف ما أخذ . وهو احتمال فى النصف

قلت : والنفس تميل إلى ذلك .

[فعلى هذا : لو كان ما شرطه الأب أكثر من النصف : رجع على الأب بما زاد على النصف . وبقية النصف على الزوجة][1]

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله بن حسن .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف رحمه الله ، وغيره . أنه سواء أجحف الأخذ بمال البنت أو لا

قال الزركشي : وهو ظاهر إطلاق الإمام أحمد رحمه الله ، والقاضي في تعليقه وأبي الخطاب ، وطائفة .

وشرط عدم الإجحاف القاضي في المجرد ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وهذا ضعيف ولا يتصور الإجحاف ، لعدم ملكها له .

فائدة : تملك الأب ما شرطه بنفسه بنفس العقد ، كما تملكه هي حتى لو مات قبل القبض وُرث عنه . لكن يقدر فيه الانتقال إلى الزوجة أولا ، ثم إليه ، كأعتق عبدك عن كفارتي . ذكر ذلك ابن عقيل في عمد الأدلة وقدمه الزركشي .

وقال القاضي ، والمصنف ، والشارح : لا يملكه إلا بالقبض مع النية

قال الزركشي : وضعف هذا بأنه يلزم منه بطلان خصيصة هذه المسألة

قال : ويتفرع من هذا — على قول أبي محمد — أنه لو وجد الطلاق قبل القبض فللأب أن يأخذ من الألف التي استقرت للبنت ما شاء . والقاضي يجعل الألف بينهما نصفين ، كجملة الصداق

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ غَيْرُ الأَبِ فَالْكُلُّ لَهَا ﴾ .

صحة التسمية . وهو صحيح ، وهو المذهب ، وعليه الأصحاب

وقيل : تبطل التسمية ، ويجب لها مهر المثل . قاله القاضي في المجرد .

قوله ﴿ وَلِلأَبِ تَزْوِيجُ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ بِدُونِ صَدَاقِ مِثْلِهَا وَإِنْ كَرِهَتْ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير الأصحاب منهم الخرقي ، والقاضي ، وأصحابه .

قال الزركشي : هذا المنصوص ، والمختار لعامة الأصحاب . وقطع به المصنف ، والشارح ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، وغيره . وهو مقتضى كلام الإمام أحمد رحمه الله

وهو من مفردات المذهب

وظاهر كلام ابن عقيل في الفصول . اختصاص هذا الحكم بالأب المجبر .

وهو قول القاضي في المجرد . وهو من المفردات أيضاً

وقيل : يختص ذلك بالمحجور عليها في المال . ذكره ابن أبي موسى في الصغيرة وفي معناها السفيهة

وفي التعليق احتمال أن حكم الأب مع الثيب حكم غيره من الأولياء .

تنبيه : حيث قلنا للأب ذلك ، فليس لها إلا ما وقع عليه العقد . فلا تتممه الأب ولا الزوج على الصحيح من المذهب

وقيل : تتممه الأب ، كبيعه بعض مالها بدون ثمنه بسلطان ظن به حفظ الباقي ذكره في الانتصار

وقيل : تتممه لثيب كبيرة

وفي الروضة : بما وقع عليه العقد قبل لزوم العقد

وقيل : على الزوج بقية مهر المثل . ذكره ابن حمدان في رعايتيه .

تنبيه : قوله « وإن كرهت » هذا المذهب . نص عليه ، وعليه الأصحاب

قال الزركشي : وقد يستشكل من لا يملك إجبارها إذا قالت « أذنت لك أن تزوجني على مائة درهم لا أقل » فكيف يصح أن يزوجها على أقل من ذلك؟

وقد يقال : إذنها في المهر غير معتبر ، فيلغى . ويبقى أصل إذنها في النكاح .

قوله ﴿ وإنْ فعلَ ذلكَ غيرُهُ بإذنِها : صَحَّ ولَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِ الاعْتِراضُ ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب

وقيل : على الزوج بقية مهر المثل . ذكره ابن حمدان في رعايته .

قلت : وهو مشكل . لأنها إن كانت رشيدة ، فكيف يلزم الزوج ذلك مع رضاها بغيره ؟ وإن كانت غير رشيدة ، ولها إذن ، وأذنت في ذلك . فهذا يحتمل أن يلزم الزوج التتمة ويحتمل أن يلزم الولي . لكن الأولى هنا : لزوم التتمة إما على الزوج أو الولي . هذا ما يظهر

قوله ﴿ وَإِنْ فَعَلَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، فَعَلَيْهِ مَهْرُ الْمِثْلِ ﴾ .

فيكمله الزوج . على الصحيح من المذهب . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

ويحتمل أن لا يلزم الزوج إلا المسمى ، والباقي على الولي ، كالوكيل في البيع . وهو لأبي الخطاب

قلت : وهو الصواب . وقد نص عليه الإمام أحمد رحمه الله . واختاره الشيخ تقي الدين . وقدمه في القواعد في الفائدة العشرين . وقال : نص عليه في رواية ابن منصور .

قال في الفروع : وبدون إذنها يلزم الزوج تتمته . وتضمنه الولي

وعنه : تتمته عليه كمن زوج بدون ما عينته له . قال : ويتوجه كخلع

وفي الكافي : للأب تعويضها .

قوله ﴿ وَإِنْ زَوَّجَ ابْنَهُ الصَّغِيرَ بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ صَحَّ وَلَزِمَ ذِمَّةَ الابْنِ ﴾ هذا المذهب .

قال القاضي : هذا المذهب ، رواية واحدة .

وجزم به في المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم وصححه فى النظم ، وغيره

وعنه : على الأب ضمانا .

وعنه : أصالة ذكرها الشيخ تقى الدين .

وقيل : إن هذين : يلزم ذمة الأب مع رضاه

وقيل : لا يتزوج له بأكثر من مهر المثل . اختاره القاضى .

وتقدم ذلك بأبسط من هذا فى أركان النكاح ، بعد قوله « الثانى : رضى الزوجين »

فعلى المذهب : لو قبضه عنه أبوه ، ثم طلق قبل الدخول — وقيل : بعد النوع — فنصف الصداق للابن دون الأب قاله فى الرعاية

قوله (فإنْ كَانَ مُعْسِرًا ، فَهَلْ يَضْمَنُهُ الأَبُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ) .

وهما روايتان وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : لا يضمنه الأب كنفس نفسه وهو المذهب

قال القاضى : هذا أصح .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

والثانى : يضمنه للعرف . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز

وعنه : يلزمه أصالة ذكرها فى الرعاية .

وقيل : يضمن الأب الزيادة فقط

وقال فى النوادر : نقل صالح كالنفقة . فلا شىء على الابن

قلت فى الدروع : كذا قال

وقال الشيخ تقى الدين : والمتجه لأصحاب — فيما إذا زوج ابنه الصغير بمهر المثل أو أزيد — روايات

إحداهن : هو على الابن مطلقاً ، إلا أن يضمنه الأب . فيكون عليهما .

الثانية : هو على الابن ، إلا أن يضمنه الأب فيكون عليه وحده .

الثالثة : على الأب مطلقاً

الرابعة : على الأب أصالة

الخامسة : إن كان الابن مقراً فهو على الأب أصالة .

السادسة : فرق بين رعي الابن وعدم رعيه .

تنبيه : قوله ﴿ وَلِلْأَبِ قَبْضُ صَدَاقِ ابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ﴾ .

وهذا بلا نزاع .

﴿ وَلَا يَقْبِضُ صَدَاقَ الثَّيِّبِ الْكَبِيرَةِ إِلَّا بِإِذْنِهَا ﴾ .

يعني إذا كانت رشيدة .

فأما إن كانت محجوراً عليها : فله قبضه بغير إذنها ، وهو واضح وتقدم ذلك في باب الحجر .

قوله ﴿ وَفِي الْبِكْرِ الْبَالِغِ : رِوَايَتَانِ ﴾

يعني الرشيدة . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

إحداهما . لا يقبضه إلا بإذنها إذا كانت رشيدة وهو المذهب اختاره القاضي ، وغيره . وصححه في المغني ، والشرح ، والتصحيح . وقدمه في الفروع ، والحارثي في باب الهبة .

والثانية : يقبضه بغير إذنها مطلقاً . زاد في المحرر ومن تابعه : ما لم يمنعه .

فعلى الثانية : يبرأ الزوج بقبض الأب ، وترجع على أبيها عند بقى ، لا عما أنفق منه

فائدتان

إحداهما : قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ عَلَى صَدَاقٍ مُسَمًّى : صَحَّ ﴾

بلا نزاع ويجوز له نكاح أمة ولو قدر على نكاح حرة ذكره أبو الخطاب وابن عقيل ، وهو معنى كلام الإمام أحمد رحمه الله .

الثانية : متى أذن له ، وأطلق : لم ينكح إلا واحدة . نص عليه .

وزيادته على مهر المثل فى رقبته . على الصحيح من المذهب

وعنه : بذمته .

وفى تناول النكاح الفاسد احتمالان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب أنه لا يتناوله .

قوله ﴿ وهَلْ يتعلَّقُ برَقبتِهِ ، أوْ بذِمَّةِ سيِّدِهِ ؟ عَلَى روايتيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة وشرح ابن منجا

إحداهما : يتعلق بذمة سيده . وهو المذهب . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . وصححه فى التصحيح .

قال فى تجريد العناية : وتتعلق بذمة سيده على الأصح

وجزم به فى الوجيز وغيره وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وإدراك الغاية .

والثانية : تتعلق برقبته قدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير

وعنه : يتعلق بذمة السيد ورقبة العبد .

وعنه : يتعلق بذمتهما : ذمة العبد أصالة ، وذمة السيد ضمانا

وعنه : تتعلق بكسبه . وأطلقهن فى القواعد الأصولية .

فإن قيل : هذه الرواية هي عين الرواية الأولى ، لأن السيد يملك كسبه فهو في ذمته ؟

قيل ليست هي ، بل غيرها

وفائدة الخلاف : أنا إذا قلنا يتعلق بذمة السيد : تجب النفقة عليه وإن لم يكن للعبد كسب . وليس للمرأة الفسخ بعدم كسبه وللسيد استخدامه ومنعه من التكسب .

وإن قلنا يتعلق بكسبه ، فللمرأة الفسخ ، إذا لم يكن له كسب . وليس سيده منعه من التكاسب . ذكره المصنف وغيره .

ويأتي في آخر نفقة الأقارب والمماليك «هل له أن يسافر بقن سيده أم لا ؟»

تنبيه : إذا قلنا يتعلق المهر بذمة السيد ضمناً ، فقصاه عن عبده : فهل يرجع عليه إذا عتق ؟ .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ينبغي أن يخرج هنا على الخلاف في مهر زوجته إذا كانت أمة السيد ، فحيث رجع هناك رجع هنا .

فائدتان

احداهما . حكم النفقة حكم الصداق ، حلولاً ومدهما فانه في الفروع ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

قال ناظم المفردات .

وزوجة العبد بإذن السيد عليهما تعلق في النقود

الثانية لو طلق السيد . فإن كان الطلاق رجعياً فله الرجعة بدون إذن سيده . ذكره القاضي ، وابن عقيل . وأبو الخطاب ، وغيرهم واقتصر عليه في القواعد الفقهية . لأن الملك قائم بعد .

وإن كان الطلاق بائناً ، لم تملك إعادتها بغير إذنه . لأنه تحديد ملك والإذن مطلق ، فلا يسوغ أكثر من مرة واحدة . قاله في القاعدة الأربعين

قوله ﴿ وإن تزوج بغير إذنه لم يصح النكاح ﴾ .

هذا المذهب . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله

وجزم به في الوجيز ، والهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين . والحاوي الصغير ، والفروع ، والقواعد الأصولية ، وغيرهم .

وعنه النكاح موقوف .

قال في الفروع — بعد أن قدم الأول — وقال أحمد : كفضولي ونقله حنبل وإن وطىء فيه : فنكاح فاسد

فعلى القول بالوقف على إجازة السيد : لو أعتقه عقب النكاح . فقال أبو الخطاب في الانتصار : صح نكاحه وبعد ، بخلاف ما لو اشترى شيئاً بغير إذن السيد ، ثم أعتقه عقب الشراء : لم ينفذ شراؤه .

قال في القواعد الأصولية : وما قاله فيه نظر .

قوله ﴿ فإن دخل بها وجب في رقبته مهر المثل ﴾ .

هذا المذهب نص عليه واختاره أبو بكر .

قال في المذهب ، ومسبوك الذهب : وجب مهر المثل في أصح الروايتين .

وجزم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمي

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والقواعد الأصولية

وقيل : في ذمته . وهو احتمال في المغني ، وغيره واختاره الشارح ، وغيره .

وعنه : الواجب هو المسمى ، ويتبع رقبته .

وقيل : الواجب خير مهر المثل وهو احتمال في المغني أيضاً وغيره .

وعنه : الواجب خير المسمى . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

واختاره الخرقي ، والقاضي ، وأصحابه منهم الشريف ، وأبو الخطاب في خلافيهما ، والشيرازي

وقال الزركشي : هذه أشهر الروايات .

وقدمه في الخلاصة ، وإدراك العبية . وجزم به في نظم المفردات وهو منها .

وأطلقهما في الهداية ، والمستوعب

وعنه : إن علمت أنه عبد : فلها فسخ النكاح . وإن لم تعلم : فلها المهر في رقبته .

وقال حنبل : لا مهر لها مطلقا .

قال في المحرر ، وعنه : إن علما فلا مهر لها بحال .

فقيدها : إذا علما التحريم وكذا حكم القاضي أيضاً وتبعه في الرعاية .

وزاد : قلت إن علمت المرأة وحدها .

قال في الفروع : وظاهر كلام جماعة : أو علمته هي ، نعني وحدها .

قال : والإخلال بهذه الزيادة سهو . انتهى

وقال المصنف يحتمل ما نقل حنبل : أن يحمل على إطلاقه . ويحتمل أن يحمل على ما قبل الدخول ويحتمل أن يحمل على أن المهر لا يجب في الحال . بل يجب في ذمة السيد ، يتبع به إذا عتق

قال في القواعد الأصولية : وأولت هذه الرواية بتأويلات فيها نظر .

وعنه : تعطى شيئا . نقله المروذي ، قال . قلت : أتذهب إلى قول عثمان ؟ قال : أذهب إلى أن تعطى شيئا .

قال أبو بكر : وهو القياس .

تنبيهان

أحدهما : ظاهر قول المصنف ، وغيره : أن حكم المسمى تجب في رقبة العبد

وقالوا . اختاره الخرقي . والخرقي إنما قال : على سيده فسخ المهر

والجواب عن ذلك: أن القول بوجوبه في رقبة العبد: هو على السيد. لأنه ملكه. وغايته: أنهم خصصوه برقبة العبد. والحق حمله على السيد. ولا يمنع ذلك عن مال السيد.

الثاني: مراده ـ والله أعلم ـ بالدخول في قوله «فإن دخل بها» الوطء.

وقد صرح به في الوجيز، وغيره.

فعلى هذا: لا يجب بالخلوة إذا لم يطأ.

والظاهر: أن هذا من الأنكحة الفاسدة، يعطى حكمه في الخلوة. على ما يأتي في آخر الباب، والخلاف فيه.

فائدتان

إحداهما: ظاهر كلام الأكثر: أن الإمام أحمد رحمه الله: إنما صار إلى أن الواجب خمسا المسمى توقيفا. لأنه نقل عن عثمان رضي الله عنه.

ووجهها الشيخ تقي الدين رحمه الله، فقال: المهر في نكاح العبد يجب بخمسة أشياء: النكاح، وعقد الصداق، وإذن السيد في النكاح، وإذنه في الصداق، والدخول. فإذا نكح بلا إذنه: فالنكاح باطل، ولم يوجد إلا التسمية من العبد والدخول. فيجب الخمسان.

الثانية: يفديه سيده بالأقل من قيمته، أو المهر الواجب.

قوله (وَإِنْ زَوَّجَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ أَمَتَهُ: لَمْ يَجِبْ مَهْرٌ)

ذكره أبو بكر. واختاره هو وجماعة منهم القاضي.

وصححه في النظم، وغيره. وقدمه في المحرر، والحاوي الصغير، وتجريد العناية.

وقيل: يجب ويسقط. وهو رواية في التبصرة.

وقدمه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي، والرعايتين، وإدراك الغاية.

وعنه ، يجب مهر ، ويتبع به بعد عتقه . نقله سندى وهو المذهب .

قال فى المحرر وغيره : وهو المنصوص . وجزم به فى الوجيز ، والمنور .

وظاهر الفروع : إطلاق الخلاف

قوله ﴿ وإن زوَّج عبدُهُ حُرَّةً ، ثُمَّ باعَها السَّيِّدَ بثمنٍ فى الذِّمَّة : تحوَّلَ صَداقُها ، أوْ نِصْفُهُ - إنْ كان قبلَ الدُّخول - إلى ثمنِهِ ﴾ .

معنى إذا قلنا : يتعلق المهر برقبة العبد . قاله الأصحاب .

وأما إن قلنا : يتعلق بذمة السيد - وهو المذهب ، كما تقدم - فإن كان المهر وثمن العبد من جنس واحد ، وتقاصا فى الحول أو التأجيل تقاصا

وأما إن قلنا : إن المهر يتعلق بذمتهما : فإنه يسقط . على الصحيح من المذهب قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم . لملكها العبد ، والملك لا يجب له شىء على مملوكه والسيد تبع له لأنه ضامن . وبقى للثمن للسيد عليها سقوط مهرها .

وقيل : لا يسقط ، لثبوته لها عليهما قبل أن تملكه .

قال فى الفروع وغيره : بناء على من ثبت له دين على عبد ثم ملكه . فإن فى سقوطه وجهين

قال فى المحرر : أصلهما من ثبت له دين على عبد ثم ملكه ، هل يسقط ؟ على وجهين .

وقدم فى المحرر وغيره : السقوط . وقاله فى الرعايتين ، والحاوى .

وقيل : لا يسقط ، لثبوته لها قبل شرائه .

فمن ثبت له على عبد دين ، أو أرش جناية ، ثم ملكه : سقط .

وقيل : لا يسقط

وتقدم ذلك فى أواخر باب الحجر .

تنبيه : صرح المصنف بقوله « تحول صداقها ، أو نصفه » أن شراءها له قبل الدخول : لا يسقط نصف مهرها . وهو إحدى الروايتين وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة هنا . وقدمه فى الرعايتين هنا . والحاوى الصغير .

والرواية الثانية : يسقط . لأن الفسخ إنما تم بشرائها ، فكأنها هى الفاسخة . وهما وجهان مطلقان فى المغنى ، والشرح .

ويأتى هذا محرراً فى كلام المصنف فيما إذا جاءت الفرقة من جهتها .

قوله ﴿ وإن باعها إياه بالصداق : صح ، قبل الدخول وبعده ﴾ .

هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب . منهم أبو بكر ، والقاضى وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع وغيرهم

ويحتمل أن لا يصح قبل الدخول

وهو رواية ذكرها فى الفروع ، والمستوعب ، وقال : لأنها متى ملكته انفسخ النكاح . قال . فعلى هذا يجب أن لا يصح شراؤه لزوجها قبل الدخول لأنه يبطل مهرها . لأن الفرقة تسقط من جهتها . وإذا بطل المهر بطل الشراء قال : وهذه إحدى مسائل الدور

قال : وعلى الأولة : السيد قائم مقام الزوج فى تولية المهر ، فصارت الفرقة مشتركة بين الزوج والزوجة . وإذا كان كذلك : غلب فيها حكم الزوج كالخلع .

وإذا ثبت أن الفسخ من جهة الزوج : فعليه نصف المهر . فيصح البيع . ويلزم النصف الآخر . كما لو قبضت جميع الصداق ، ثم طلقت قبل الدخول . فإنها ترد نصفه انتهى .

قال فى الفروع : واختار ولد صاحب الترغيب : أنه إن علق برقبته أو ذمته ، وسقط ما فى الذمة بملك طارىء : برئت ذمة السيد .

ومعنى هذا يلزم الدور فيكون فى الصحة ، بعد الدخول ، الروايتان قبله انتهى

فعلى المذهب ـ وهو الصحة ـ فى رجوعه قبل الدخول نصفه ، أو تحميله . الروايتان المتقدمتان .

فائدة : لو جعل السيد العبد مهرها : بطل العقد ، كمن زوج ابنه على رقبة من يعتق على الابن لو ملكه إذ تقدره له قبلها . فيقدر الملك فيمن يعتق على الابن للابن قبل الزوجية

وقيل : عقد الزوجية إذ دخل فى ملكه هو قصد عتق عليه دونها

قوله ﴿ وَتَمْلِكُ الْمَرْأَةُ الصَّدَاقَ الْمُسَمَّى بِالْعَقْدِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

قال الزركشى : هذا المذهب المعروف المجزوم به عند الأكثرين انتهى .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : لا تملك إلا نصفه ذكره القاضى ومن بعده

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا ـ كَالْعَبْدِ ، وَالدَّارِ ـ فَلَهَا التَّصَرُّفُ فِيهِ ، وَنَمَاؤُهُ لَهَا ، وَزَكَاتُهُ ، وَنَقْصُهُ ، وَضَمَانُهُ عَلَيْهَا ، إِلَّا أَنْ يَمْنَعَهَا قَبْضَهُ ، فَيَكُونُ ضَمَانُهُ عَلَيْهِ ﴾ .

وهذا المذهب وجزم به فى الوجيز ، وغيره وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ـ وقال : هذا المذهب ـ وغيرهم

وعنه ـ فيمن تزوج على عبد فعتق عنه ـ إن كانت قد قبضته فهو لها ، وإلا فهو للزوج .

فعلى هذا : لا يدخل فى ضمانها إلا بقبضه .

قال فى المحرر وغيره : ومن شرط تصرفها فيه ، ودخوله فى ضمانه : قبضه ، إلا المتميز فإنه على روايتين ، كما تقدم فى البيع .

وقال فى الفروع : وتقدم الضمان والتصرف فى البيع .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، كَقَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ : لَمْ يَدْخُلْ فِى ضَمَانِهَا ، وَلَمْ تَمْلِكْ التَّصَرُّفَ فِيهِ إِلَّا بِقَبْضِهِ ، كَالْمَبِيعِ ﴾

قاله الأصحاب ، وتقدم الخلاف فى ذلك والصحيح من المذهب ، وما يحصل به القبض فى آخر باب خيار البيع فإن هذا مثله عند الأصحاب

وذكر القاضى فى موضع من كلامه : أن ما لا ينقص العقد هلاكه — كالمهر وعوض الخلع — يجوز التصرف فيه قبل قبضه .

قوله ﴿ وَإِنْ قَبَضَتْ صَدَاقَهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ : رَجَعَ بِنِصْفِهِ إِنْ كَانَ بَاقِيًا . وَيَدْخُلُ فِى مُلْكِهِ : حُكْمًا ، كَالْمِيرَاثِ ﴾

هذا المذهب نص عليه

قال المصنف فى الكافى ، والمغنى ، والشارح : هذا قياس المذهب

وجزم به فى الخلاصة ، والمنور وهو ظاهر ما جزم به فى الوجيز

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين والحاوى الصغير ، والفروع ، وتجريد العناية ، وغيرهم

وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَدْخُلَ حَتَّى يُطَالِبَ بِهِ وَيَخْتَارَ وذكره القاضى ، وأبو الخطاب . وهو وجه لبعضهم وأطلقهما فى المستوعب

قال فى الترغيب ، والنهاية : أصل هذين الوجهين : الاختلاف فيمن بيده عقدة النكاح

قال فى القاعدة الخامسة والثمانين : وليس كذلك ولا يلزم من طلب العفو من الزوج أن يكون هو المالك فإن العفو يصح عمن يثبت فيه حق التملك .

كالشفعة. وليس في قوله « إن الذي بيده عقدة النكاح : هو الأب » ما يستلزم أن الزوج لم يملك نصف الصداق . لأنه إنما يعفو عن النصف المختص بابنته انتهى .

فعلى المذهب : ما حصل من النماء قبل ذلك : فهو بينهما نصفان .

وعلى الثاني : يكون لها .

وعلى المذهب : لو طلقها على أن المهر كله لها : لم يصح الشرط

وعلى الثاني : فيه وجهان . قاله في الفروع

وعلى المذهب أيضاً : لو طلق ثم عفا ففي صحته وجهان . قاله في الفروع

ويصح على الثاني ، ولا يتصرف

وفي الترغيب ، على الثاني وجهان لتردده بين خيار البيع وخيار الواهب

ورأى « إذا طلقها قبل الدخول وكان الصداق باقياً بعينه هل يجب رده . أم لا ؟ » بعد قوله « وإن نقص الصداق بيدها »

قوله ﴿ وإنْ كَانَ الصَّدَاقُ زَائِدًا زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً : رَجَعَ فِي نِصْفِ الأَصْلِ ، وَالزِّيَادَةُ لَهَا ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه في رواية أبي داود ، وصالح .

وقال في الفروع لا يرجع في نصف زيادة منفصلة على الأصح .

قال في القاعدة الثانية والثمانين : هذا المذهب

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والزركشي ، وغيرهم

وعنه له نصف الزيادة المنفصلة

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ رَجَعَ فِي نِصْفِ الأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ ﴾

أن الأصل لو كان أمة ، ووقعت عندها : أن الولد لها وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . فإن الولد نماء منفصل ، على الصحيح ، على ما تقدم وصرح القاضي به في التعليق

وقال في المجرد : للزوج نصف قيمة الأم

وقال في الخلاف : يرجع بنصف الأمة قاله في القواعد

واستثنى أبو بكر — قاله في القواعد ، وصاحب المستوعب ، والمنصف ، والشارح ، وغيرهم — من النماء المنفصل ولد الأمة . فلا يجوز للزوج الرجوع في نصف الأمة ، حذراً من التفريق في بعض الزمن

قلت : وفي هذا نظر ظاهر . فإن ذلك كالأمة المشتركة إذا ولدت .

وخرج ابن أبي موسى : أن الولد للمرأة ، ولها نصف قيمة الأم .

قال في القواعد : وهذا ضعيف جداً وهو كما قال

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ مُتَّصِلَةً : فَهِيَ مُخَيَّرَةٌ بَيْنَ دَفْعِ نِصْفِهِ زَائِدًا ، وَبَيْنَ دَفْعِ نِصْفِ قِيمَتِهِ يَوْمَ العَقْدِ ﴾ .

اعلم أن الزيادة المتصلة للزوجة ، على الصحيح من المذهب وليس للزوج الرجوع فيها وعليه الأصحاب وقطع به أكثرهم

قال في القاعدة الحادية والثلاثين : ذكره الخرقي ولم نعلم عن أحد من الأصحاب خلافه ، حتى حمله القاضي في المجرد على رواية واحدة

وخرج المجد ، ومن تبعه : رواية بوجوب دفع النصف زيادته من الرواية التي في المنفصلة

وهذا صحيح رواية في الترغيب وأطلق في الموجز الروايتين في النماء .

وقال في النصرة : له عفوه بعينه وعنه : قيمته .

وخرج في القواعد وجهاً آخر ، بالرجوع في النصف زيادته ، ورد قيمة الزيادة ، كما في الفسخ بالعيب .

قال : وهذا الحكم إذا كانت العين يمكن فصلها وقسمتها . وأما إن لم يمكن : فهو شريك بقيمة النصف يوم الإصداق

تنبيهان

أحدهما : محل الخيرة للزوجة : إذا كانت غير محجور عليها .

فأما المحجور عليها : فليس لها أن تعطيه إلا نصف القيمة . قاله المصنف ، وغيره . وهو واضح

الثاني : ظاهر قوله (وَبَيْنَ دفْعِ نصفِ قيمتِه يَوْمَ العَقْدِ)

أنه سواء كان متميزاً ، أو لا . وكذا قال الخرقي ، والمصنف في المغني ، والكافي ، والشارح ، وابن حمدان ، في رعايتيه ، وغيرهم .

وحرر في المحرر ، وتبعه في الفروع ، فقالا : إن كان المهر المتميز يضمن بمجرد العقد : فله نصف قيمته يوم العقد . وإن كان غير متميز : فله قيمة نصفه يوم الفرقة ، على أدنى صفة من وقت العقد إلى وقت قبضه

وفي الكافي : إلى وقت التمكين منه . قاله الزركشي

ويحمل كلام الخرقي ، وأبي محمد ، ومن تابعهما على ذلك . قال : إذ الزيادة في غير المتميز : صورة نادرة

ولذلك علل أبو محمد : بأن ضمان النقص عليها . فعلم أن كلامه في المتميز . انتهى

وقال في البلغة ، والترغيب : المهر المعين قبل قبضه : هل هو بيده أمانة ، أو مضمون ، فيكون مؤنة دفن العبد عليه ؟ فيه روايتان . وبنى عليهما التصرف والنماء ، وتلفه .

وعلى القول بضمانه : هل هو ضمان عقد ، بحيث ينفسخ في معين ، ويبقى في تقدير المالية يوم الإصداق ، أو ضمان يد ، بحيث تجب القيمة يوم تلفه ، كعارية ؟ فيه وجهان

ثم ذكر أن القاضي، وجماعة، قالوا: ما يفتقر توقيته إلى معيار، ضمنه، وإلا فلا، كبيع. انتهى. والوجهان في المستوعب.

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ نَاقِصًا، خُيِّرَ الزَّوْجُ بَيْنَ أَخْذِهِ نَاقِصًا وَلَا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهُ، وَبَيْنَ نِصْفِ الْقِيمَةِ وَقْتَ الْعَقْدِ ﴾

وهو المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب.

قال الزركشي: وهو اختيار الأكثرين.

قال في البلغة. ولا أرش على الأصح.

وجزم به في الهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم.

وهو ظاهر كلام الخرقي. وقدمه في المستوعب، والمغني، والشرح، والمحرر، والنظم، والحاوي الصغير، والفروع، وغيرهم.

وقال في المستوعب. وحكى شيخنا في شرحه رواية أخرى: أنه إن اختار أن يأخذ نصفه ناقصاً، ويرجع عليه بنصف النقصان، فله ذلك. واختاره القاضي في التعليق.

وقال في المحرر. وخرج القاضي رواية بالأرش مع نصفه.

قال الشارح، قال القاضي: القياس أن له ذلك، كالمبيع يمسكه ويطالب بالأرش. ورده المصنف، والشارح.

وفي التبصرة رواية ثالثة ـ وقدمها ـ: له نصفه بأرشه بلا تخيير.

تنبيه: محل ذلك، إذا حدث ذلك عند الزوجة. فأما إن كان بجناية جان، فالصحيح: أن له ـ مع ذلك ـ نصف الأرش. قاله في البلغة وغيره. وهو واضح. [وعبارتها، وأما النقصان: فإن تعيب في يدها تخير هو. فإن شاء رجع بقيمة النصف سليماً. وإن شاء قبع به معيباً، إلا أن يكون بجنايته جان. فالصحيح: أن له مع ذلك نصف الأرش][1]

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله.

وثمرة : قوله « وقت العقد » هذا أحد الأقوال ، وقاله الحرقي .

واعتبر القاضي أحد القيمة يوم القبض

وقال في المحرر ، والفروع ، وغيرهما : له نصف قيمته يوم الفرقة على أدنى صفاته ، من يوم العقد إلى يوم القبض ، إلا لتمييز إذا قلنا : إنه يضمنه بالعقد . فتعتبر صفته وقت العقد كما تقدم في الزيادة المتصلة

قوله (وإنْ كانَ تالِفاً ، أوْ مُسْتَحَقّاً بِدَيْنٍ ، أوْ شُفْعَةٍ : فَلَهُ نِصْفُ قِيمَتِهِ يَوْمَ العَقْدِ ، إلاَّ أنْ يَكُونَ مِثْلِيّاً ، فَيَرْجِعُ بِنِصْفِ مِثْلِهِ) .

إذا فات ما قبضه بتلف ، أو انتقال ، أو غير ذلك ، فإن كان مثلياً فله نصف مثله . وإن كان غير مثلي ، فقدم المصنف : أن له نصف قيمته يوم العقد . وقاله الحرقي وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمسوعب ، والخلاصة .

وقال في المحرر ، والفروع ، وغيرهما : إن كان متميزاً ـ وقد : بصفته ، وهو المذهب ، كما تقدم ـ اعتبرت صفته وقت العقد وإن كان غير متميز . فله نصف قيمته يوم الفرقة على أدنى صفاته من يوم العقد إلى يوم القبض كما تقدم في نظائره . فإنهم قد قطعوا في المسائل الثلاث بذلك .

وقال القاضي : له القيمة قل ما كانت يوم العقد إلى يوم القبض

قال المصنف ، والشارح : هذا مبني على أن الصداق لا يدخل في ضمان المرأة إلا بقبضه . وإن كان معيناً كالمبيع في رواية

فائدة - لو طلق قبل أحد الشفيع ، فقيل . يقدم الشفيع وهو الصحيح . قدمه ابن رزين في شرحه لأن حقه أسبق

وقيل . يقدم الزوج . لأن حقه آكد لثبوته بنص القرآن والإجماع .

وأطلقهما في المغني ، والفروع ، والشرح ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَإِنْ نَقَصَ الصَّدَاقُ فِي يَدِهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ : فَهَلْ تَضْمَنُ نَقْصَهُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ﴾ .

فيما كانت سمنته منه بعد طلقه منها حتى نقص ، أو تلف : فعليها الضمان لأنها غاصبة .

وإن نقص ، أو نقص قبل المطالبة ، بعد الطلاق ، فعلى المنصوص هنا يحتمل وجهين . وكذا قال فى الهداية

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب .

أحدهما : تضمنه ، وهو المذهب

جزم به فى الوجيز ، والمور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

والثانى . لا تضمنه . اختاره المصنف ، والشارح ، وقالا هو قياس المذهب

قال فى الخلاصة : لا تضمن فى الأصح

وقيل : لا تضمن المتمير . ذكره فى الرعاية

وقيل : هو كتلفه فى يده قبل طلبه .

فوائد

إحداها : لو زاد الصداق من وجه ، ونقص من وجه ـ كمسد صغير كبر ، ومصوغ كسرته وأعادته على صياغة أخرى ، وحمل الأمة ـ فلكل منهما الخيار قاله فى البلغة ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم ، وقالوا : حمل البهيمة زيادة محضة ولم يفسد اللحم

والزرع والغرس : نقص للأرض ، والإجارة والنكاح : نقص .

ولا أثر لمصوغ كسرته وأعادته كما كان ، أو أمة سمنت ثم هزلت ثم سمنت على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وفى المغنى ، والشرح : وجهان .

ولا أثر أيضاً لارتفاع سوق ، ولا لنقص الملك فيه ، ثم طلق وهو بيدها .

ولا يشترط للخيار زيادة لقيمة . بل ما فيه غرض مقصود قاله فى البيعة ، والترغيب ، وغيرهما .

قال فى الفروع : وظاهر كلام بعضهم : خلافه .

الثانية : إن كان النحل حائلاً ثم أطلعت : فزيادة متصلة . وكذا ما أثر .

قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

وقال فى البلغة : زيادة متصلة على المشهور

وذكر فى الترغيب : وجهين

الثالثة : لو أصدقها أمة حاملاً ، فولدت : لم يرجع فى نصفه . إن قلنا : لا يقابله قسط من الثمن . وإن قلنا بمقابله : فهو بعض مهر . وزيادة لا تتميز . فعلى لزومها نصف قيمته ، ولزومه قبول نصف الأرض بنصف زرعها : وجهان .

وأطلقهما فى الفروع فيهما . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وفى البلغة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، فى الأولى .

واختار القاضى : أنه يلزمه قبول نصف الأرض بنصف زرعها

والصحيح : أنه لا يلزمه .

قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين .

الرابعة : عما يمنع الرجوع : البيع ، والهبة المقبوضة ، والعتق . وكذا الرهن ، والكتابة على الصحيح من المذهب . قدمه فى البلغة ، والرعاية .

وقيل : يرجع إلى نصف المكاتب إن اختار . ويكون على كتابته .

ولو قال فى الرهن : أنا أصبر إلى فكاكه : فصبر : لم يلزمه دفع العين ، كما لو رجعت بالإيقاع بعد الطلاق .

وهل يمنع التدبير الرجوع ؟ على وجهين . وأطلقهما فى البلغة

وقدم في الرعاية . أنه لا يمنع . وهو المذهب .

قال المصنف في المغني ، والشارح : هذا ظاهر المذهب . لأنه وصية ، أو تعليق نصفه . وكلاهما لا يمنع الرجوع .

قال في الفروع : له الرجوع في المدبر ، إن رجع فيه بقول

وفي لزوم المرأة رد نصفه قبل تقبيض هبة ، ورهن ، وفي مدة خيار بيع : وجهان . وأطلقهما في الفروع ، والمغني ، والشرح

أحدهما : لا يلزمها ذلك . قدمه ابن رزين في شرحه .

والثاني : يلزمها

الخامسة : لو أصدقها صيداً ، ثم طلق وهو محرم ، فإن لم يملكه بإرث في الإحرام فله هنا نصف قيمته . وإلا فهل يقدم حق الله ، فيرسله ويغرم لها قيمة النصف ، أو يقدم حق الآدمي فيملكه ، ويبقى ملك المحرم ضرورة ، أم هما سواء فيخيران ؟ فيه الأوجه . وأطلقهن في الفروع .

فعلى الوجه الثالث : لو أرسله برضاها : غرم لها ، وإلا بقيا مشتركين .

قال في الترغيب : يبنى على حكم الصيد المملوك بين محل ومحرم .

السادسة : لو أصدقها ثوباً فصبغته ، أو أرضاً فبنتها ، فبذل الزوج قيمة زيادته لتملكه : فله ذلك على الصحيح من المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، والخرقي .

وقدمه في الرعايتين ، وابن رزين في شرحه

قال في الفروع : فله ذلك عند الخرقي ، والشيخ تقي الدين

وقال القاضي : ليس له إلا القيمة . انتهى

فلو بذلت المرأة النصف بزيادته : لزم الزوج قبوله

قال الزركشي ، قلت : ويتخرج عدم اللزوم مما إذا وهب العامر تزويق الدار ونحوها للمغصوب منه . وهو أظهر في البناء . انتهى .

السابعة : لو فات نصف الصداق مشاعاً : فله نصف الباقي . وكذا لو فات

النصف معيناً من المنصف ، على الصحيح من المذهب . فيأخذ النصف الباقي .

قدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال المصنف في المغني ، والشارح : له نصف عينه ، ونصف قيمة الفائت

أو مثله .

الثامنة : إن قبضت المسمى في الذمة فهو كالعين ، إلا أنه لا يرجع بعينه مطلقاً .

وتعتبر في تقويمه صفة يوم قبضه ، وفي وجوب رده عينه وجهان

وأطلقهما في المحرر ، والحاوي الصغير ، والنظم ، والفروع

أحدهما . يجب رده عينه . جزم به ابن عبدوس في تذكرته . وقدمه في

الرعايتين

والوجه الثاني لا يجب ذلك

قوله ﴿ وَالزَّوْجُ هُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وهو المشهور . وعليه الجمهور .

حتى قال أبو حفص : رجع الإمام أحمد رحمه الله عن القول بأنه الأب .

وصححه المصنف ، وغيره واختاره الخرقي ، وأبو حفص ، والقاضي ، وأصحابه ،

وغيرهم وجزم به في المحرر ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره .

قال الزركشي . عليه الأصحاب .

وعنه : أنه الأب قدمه ابن رزين

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، وقال : ليس في كلام الإمام أحمد

رحمه الله : أن عفوه صحيح ، لأن بيده عقدة النكاح بل لأن له أن يأخذ من

ماله ما شاء

وتعليله بالأخذ من ماله ما شاء : يقتضي جواز العفو — بعد الدخول — عن

الصداق كله وكذلك سائر الديون .

وأطلق الروايتين فى الهداية ، والمستوعب ، والنهاية .

وقيل : سيد الأمة كالأب .

فعلى المذهب : إذا طلق قبل الدخول ، فأبهم على أحدهما عما وجب له من المهر - وهو جائز الأمر فى ماله - برىء منه صاحبه .

وعلى الثانية : للأب أن يعفو عن نصف مهر ابنته الصغيرة ، إذا طلقت قبل الدخول . كما قاله المصنف هنا .

وكلامه يشمل البكر والثيب الصغيرتين .

وهو الصحيح من المذهب

وعبارته فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، وإدراك الغاية ، وغيرهم : كعبارة المصنف . وقدمه فى الفروع .

وقال فى المغنى ، والكافى ، والشرح : ليس للأب ذلك إذا كانت بكراً صغيرة .

وشترط فى المحرر ، والنظم ، وتجريد العناية : الكبارة لا غير .

فائدة : المجنونة كالبكر الصغيرة .

تنبيهان

الأول : مفهوم قوله « ابنته الصغيرة » أن الأب ليس له أن يعفو عن مهر ابنته البكر البالغة . وهو صحيح . وهو المذهب

اختاره أبو الخطاب ، وابن البنا ، وصاحب المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، والمنصف ، والشارح ، وإدراك الغاية ، وغيرهم .

واختار جماعة : أنها كالصغيرة

وهو ظاهر كلام القاضى وجزم به فى الوجيز

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وتجريد العناية

وهو ظاهر كلامه في النظم . وأطلقهما في البلغة .

وقال في الترغيب ، والبلغة أيضاً : أصل الوجهين : هل ينفك الحجر بالبلوغ أم لا ؟ ولم يقيد في عيون المسائل بصغر وكبر ، وبكارة وثيوبة .

الثاني : ظاهر قوله « للأب أن يعفو » أن غيره من الأولياء ليس له أن يعفو . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطعوا به .

وذكر ابن عقيل رواية في عفو الولي في حق الصغيرة .

قلت : إذا رأى الولي المصلحة في ذلك ، فلا بأس به .

الثالث : ظاهر كلام المصنف وغيره : أن المعفو عنه من الصداق ، سواء كان ديناً أو عيناً . وهو صحيح . وهو المذهب .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قال في البلغة : قاله جماعة من أصحابنا .

قال الزركشي : هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله والجمهور .

وقيل : من شرطه : أن يكون ديناً . قدمه في البلغة ، والترغيب .

فليس له أن يعفو عن عين .

قال الزركشي : نعم ، يشترط أن لا يكون مقبوضاً . وهو مفهوم من كلامهم . لأنه يكون هبة لا عفواً .

الرابع : مفهوم قوله « إذا طلقت قبل الدخول » .

أنها إذا طلقت بعد الدخول ليس للأب العفو . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال في البلغة : لا يتمسكه في أظهر الوجهين .

وجزم به في المغني ، والشرح ، وغيرهما .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وقيل : له ذلك ، ما لم تلد ، أو يمضي لها سنة في بيت الزوج .

وهو مبنى أيضاً على أنه : هل ينفك الحجر عنها بالعفو أم لا ؟ قاله فى الترغيب . وقال فيه ، وفى البلغة : وعلى هذا الوجه : ينبغى ملك الأب لقبض صداق ابنته البالغة الرشيدة .

فائدة : إن كان العفو عن دين - سقط لفظ « الهبة » و « التمليك » و « الإسقاط » و « الإبراء » و « العفو » و « الصدقة » و « الترك » ولا يفتقر إلى قبول ، على الصحيح من المذهب . وقيل : يفتقر .

وإن كان العفو عن عين : صح بلفظ « الهبة » و « التمليك » وغيرهما ، كعفوت على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب القواعد ، وغيرهم .

وقيل : لا يصح بها اختاره ابن عقيل .

وأطلقهما فى البلغة ، والرعاية ، وقدم : أنه لا يصح بالإبراء . واقتصر فى الترغيب على « وهبت » و « ملكت » .

وقال فى القواعد : وإن كان عيناً - وقلنا : لم يملكه الزوج ، وإنما ثبت له حق التمليك - فكذلك .

يعنى : هو كالعفو عنه إذا كان ديناً .

وهل يفتقر إلى قبوله ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى البلغة ، والرعايتين .

قال فى القواعد : قال القاضى ، وابن عقيل : يشترط هنا الإيجاب والقبول ، والقبض .

والصحيح : أن القبض لا يشترط فى العفو ، كالإقالة ونحوه . صرح به القاضى فى خلافه .

وقد عده ذلك فى أول كتاب الهبة فى العين ، وبعده بسير فى الدين ، فى إبراء الغريم ، وسواء فى ذلك عفو الزوج ، وزوجة

قوله ﴿ وَإِذَا أَبْرَأَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا مِنْ صَدَاقِهَا، أَوْ وَهَبَتْهُ لَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِهِ ﴾.

هذا مذهب اختاره أبو بكر، وغيره وجزم به في الوجيز، وغيره وقدمه في المحرر، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع.

وعنه: لا يرجع بشيء. لأن عقد الهبة لا يقتضي ضمانا

وعنه: لا يرجع مع الهبة. ويرجع مع الإبراء

قال في المحرر، والرعايتين: وهو الأصح

قال في القواعد الفقهية. هل يرجع عليها ببدل نصفها؟ على روايتين.

فإن قلنا: يرجع، فهل يرجع إذا كان الصداق دينًا فأبرأته منه؟ على وجهين أصحهما: لا يرجع. لأن ملكه لم يزل عنه. انتهى.

قال في تجريد العناية: فلو وهبته بعد قبضه، ثم طلق قبل مس: رجع بنصفه. لا إن أبرأته، على الأظهر فيهما واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

قال المصنف، والشارح: فإن كان الصداق دينًا، فأبرأته منه. فإن قلنا لا يرجع في العين، فهنا أولى.

وإن قلنا يرجع هناك: خرج هنا وجهان، الرجوع وعدمه وكذا قال في البلغة

وقال فيها، وفي الترغيب: أصل الخلاف في الإبراء: هل زكاته ـ إذا مضى عليه أحوال وهو دين ـ على الزوجة، أو على الزوج؟ فيه روايتان

قال في الفروع وكلامه في المغني: على أنه إسقاط، أو تمليك

فوائد

إحداها: لو وهبته، [أو أبرأته من نصفه، أو] بعضه [فيهما] ثم تنصف: رجع بالباقي، على الرواية الأولى. وبنصفه [أو بباقيه][1]، على الرواية الأخرى.

(١) ما بين المربعات زيادة من نسخة الشيخ عبد الله.

قال فى الرعايتين : وهى أصح

وقيل : له نصف الباقى ، ورجع بدل الكل ، أو نصف بدل الكل فقط .

وقيل : يرجع فى الإبراء من المعين ، دون الدين ذكرها فى الرعاية

قال فى الفروع : وإن وهبته نصفه ، ثم تنصف : رجع بنصف غير الموهوب ونصف الموهوب استقر ملكه له ، فلا يرجع به . ونصفه الذى لم يستقر يرجع به ، على الأولى ، لا الثانية

وفى المستحب - عليها احتمال

الثانية : لو وهب ثمن مشترى ، فظهر المشترى على عيب فهل يعد الرد لها الأرش ، أم ترده وله ثمنه ؟

وقال فى الترغيب : القيمة فيه الخلاف ، قاله فى الفروع .

وقال فى القواعد : فيه طريقان

أحدهما : تخريجه على الخلاف فى رده .

والأخرى : تمتنع المطالبة هنا وجهاً واحداً . وهو اختيار ابن عقيل .

قلت الصحيح من المذهب : أن له الأرش ، على ماتقدم فى خيار العيب . وقدمه فى الفروع هناك فى هذه المسألة .

الثالثة : لو قضى لمهر أجنبى متبرعاً ، ثم سقط أو تنصف : فالراجع للزوج . على الصحيح من المذهب

اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى النظم . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقيل : الراجع للأجنبى المتبرع

ومثله : حلافا ومذهباً [حكما لا صورة] لو باع عيناً ، ثم وهب ثمنها للمشترى ، أو أبرأه منه ، ثم بان بها عيب يوجب الرد .

[ومثله أيضاً فيهما : لو تبرع أجنبي عن المشتري بالثمن ، ثم فسخ بعيب ، خلافاً ومذهباً][1]

قال في الفروع : ومثله أداء ثمن ، ثم فسخ بعيب . انتهى

وكذا لو أبرأه من بعض الثمن .

واختار القاضي في خلافه : عدم الرجوع عليه بما أبرأه منه

وكذا الحكم : لو كاتب عبده ، ثم أبرأه من دين الكتابة ، وعتق . فهل يستحق المكاتب الرجوع عليه بما كان له عليه من الإبراء الواجب ، أم لا ؟ قدمه في الفروع

وضعف المصنف ذلك ، وقال : لا يرجع به المكاتب

ذكر هذا وغيره في القاعدة السابعة والستين

قوله (وإن ارتدت قبل الدخول ، فهل يرجع عليها بجميعه ؟ على روايتين)

متى : إذا أبرأته ، أو وهبته ، ثم ارتدت . وأطلقهما في الشرح .

إحداهما : يرجع بجميعه . وهو الصحيح . صححه في التصحيح ، والنظم .

وظاهر كلام ابن منجا ، أن هذا المذهب

وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الرعايتين

والثانية : لا يرجع إلا بنصفه

وعنه : يرجع بجميعه مع الهبة ، وبنصفه مع الإبراء .

قال في تجريد العناية : على الأظهر .

قال في الرعايتين . وهو أصح

قوله (وكل فرقة جاءت من) قبل (الزوج ـ كطلاقه وخلعه ،

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وَإِسْلَامِهِ وَرِدَّتِهِ ـ أَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ ـ كَالرَّضَاعِ وَنَحْوِهِ ـ قَبْلَ الدُّخُولِ : يَتَنَصَّفُ بِهَا الْمَهْرُ بَيْنَهُمَا »

وكذا تعليق طلاقها على فعلها ، وتوكيلها فيه ، ففعلته فيهما على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لو علق طلاقها على صفة ـ وكانت الصفة من فعلها الذي لها منه بدٌّ ، ففعلته ـ : فلا مهر لها

وقوله صاحب القواعد .

أما إذا حلفها فحرم المصنف بأنه يتنصف به . لأنه من قبله وهو أحد الوجهين وهو ظاهر ماجزم به في الشرح ، وشرح ابن منجا

وجزم به في الكافي ، والوجيز وقدمه في المستوعب .

قال في القواعد : المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أن لها نصف الصداق . وهو قول القاضي وأصحابه .

والوجه الثاني : يسقط الجميع وأطلقهما في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع .

وقيل : يتنصف المهر إن كان الخلع مع غير الزوجة

تنبيه : محل الخلاف : إذا قيل « هو فسخ » على الصحيح من المذهب .

وقيل : أو طلاق أيضاً . ذكره في الرعاية

قال في القواعد ـ بعد حكايته القول الثاني في أصل المسألة ـ . ومن الأصحاب من خرجه على أنه « فسخ » فيكون كسائر الفسوخ من الزوج

ومنهم : من جعله مما يشترك فيه الزوجان . لأنه إنما يكون بسؤال المرأة . فتكون النفقة فيه من قبلها

وكذلك يسقط أرشها في الخلع في المرض . وهذا على قولنا « لايصح مع الأجنبي » أظهر .

أما إن وقع مع الأجنبي ، وصححناه : فينبغي أن ينتصف ، وجهاً واحداً .

انتهى

وأما إذا أسلم ، أو ارتد قبل الدخول : فتقدم ذلك محرراً في « باب نكاح الكفار »

وأما إذا جاءت الفرقة من الأجنبي ـ كالرضاع ، ونحوه ـ : فإنه ينتصف المهر بينهما . ويرجع الزوج على من فعل ذلك

ويأتي ذلك في كلام المصنف في كتاب الرضاع ، حيث قال « وكل من أفسد نكاح امرأة برضاع قبل الدخول . فإن الزوج يرجع عليها بنصف مهرها الذي يلزمه لها »

فائدة : لو أقر الزوج بنسب أو رضاع ، أو غير ذلك من المفسدات : قُبل منه في فسخ النكاح ، دون سقوط النصف

وبوطئ أم زوجته ، أو ابنتها بشبهة ، أو زنا انفسخ النكاح ولها نصف الصداق . نص عليه في رواية ابن هانئ .

قوله ﴿ وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِهَا ـ كَإِسْلَامِهَا وَرِدَّتِهَا وَإِرْضَاعِهَا مَنْ يَنْفَسِخُ بِهِ نِكَاحُهَا ﴾ وارتضاعها منه بنفسها ﴿ وَفَسْخِهَا لِعَيْبِهِ وَإِعْسَارِهِ ، وَفَسْخُهُ لِعَيْبِهَا . يَسْقُطُ بِهِ مَهْرُهَا وَمُتْعَتُهَا ﴾ .

أما إذا أسلمت ، أو ارتدت قبل الدخول : فتقدم ذلك أيضاً في أول « باب نكاح الكفار » مستوفى ، فليعود

وأما إذا جاءت الفرقة من قبلها ـ برضاعها ، أو ارتضاعها ممن ينفسخ به نكاحها ـ فيأتي ذلك أيضاً في كتاب الرضاع حيث قال « فإذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى ، فانفسخ نكاحهما . فعليه نصف مهر الصغرى ، يرجع به على الكبرى ، ولا مهر للكبرى » .

وأما فسخها لعيبه ، وفسخه لعيبها : فإن ذلك يسقط مهرها بلا خلاف في المذهب ، إلا توجيه لصاحب الفروع يأتي في الفائدة الآتية

قال المصنف ، والشارح : فإن قيل : فهلا حلتم فسخها لعيبه كأنه منه ، لحصوله بتدليسه ؟

قلنا : العوض من الزوج في مقابلة منافعها . فإذا اختارت فسخ العقد ، مع سلامة ماعقد عليه — وهو نفع بضعها — رجع العوض إلى العاقد معها ، وليس من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج . وإنما ثبت لها لأجل ضرر يلحقها لا لتغرم ما استحقت عليه في مقابلته عوضاً . فافترقا .

وقال في القاعدة السادسة والخمسين بعد المائة : هذا الفرق يرجع إلى أن الزوج غير معقود عليه في النكاح ، وفيه خلاف .

والأظهر في الفرق أن يقال : الفسوخ الشرعية التي يملكها كل من الزوجين على الآخر إذا شرعت لإزالة ضرر حاصل

فإذا وقعت قبل الدخول فقد رجع كل من الزوجين إلى ماملكه سليما ، كما خرج منه . فلا حق له في غيره ، بخلاف الطلاق ، وما في معناه — كالخلع ونحوها — لا كالفسخات القهرية بسببه — كالرضاع ، واللعان ، والردة ، والإسلام ، والرق ، والجناية ، ونحوه — بشروطها ، وكنشوز المرأة ونحوه من موجبات الفرقة بغير ضرر ظاهر . فإنه يحصل للمرأة به انكسار وضرر . فجبره الشارع بإعطائها نصف المهر ، وبالمتعة عند فقد التسمية . انتهى .

فائدة : لو شرط عليه شرط صحيح حال العقد ، فلم يف به وفسخت : سقط به مهرها . على الصحيح من المذهب . قدمه في الرعاية ، والفروع .

قال في القاعدة السادسة والخمسين بعد المائة : وهو قول القاضي والأكثرين وعنه : يتنصف بفسخها قبل الدخول . اختاره أبو بكر في التنبيه .

قال في الفروع : فتتوجه هذه الرواية في فسخها لعيبه .

ولو فسخت بعد الدخول فهل المتعة إن لم يسم لها مهراً .

وأما فسخها لإعساره بالمهر ، أو بالنفقة وغير ذلك : فهو من جهتها فلا تستحق شيئاً بلا نزاع أعلمه .

قوله ﴿ وفُرْقَةُ اللِّعانِ تُخَرَّجُ على رِوايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في المغني ، والكافي ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وابن عبيد ، والغاية ، والفروع .

إحداهما : يسقط بها المهر وهو المذهب صححه في التصحيح ، وتصحيح المحرر ، والنظم ، وغيره

وجزم به في الوجيز وغيره

وقدمه في الرعايتين ، وشرح ابن رزين ، والحاوي الصغير ، واختاره أبو بكر .

والرواية الثانية : يتنصف بها المهر

وخرج القاضي إن لاعنها في مرضه . تكون الفرقة منه ، لأنه

قوله ﴿ وفي فُرْقَةِ بَيْعِ الزَّوْجَةِ من الزَّوْجِ ، وشرائِها لهُ : وجْهانِ ﴾

وهما روايتان في الثانية .

وأطلقهما في المغني ، والكافي ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع

إحداهما يتنصف بها المهر . وهو المذهب صححه في التصحيح ، وتصحيح المحرر وجزم به في الوجيز

قال في القواعد : هذا أشهر الوجهين وهو اختيار أبي بكر ، والقاضي ، وأصحابه . فيما إذا اشترت الزوج

والثانية يسقط بها كله واختاره أبو بكر ، فيما إذا اشتراها الزوج

وقيل : محل الخلاف : إذا اشتراها من مستحق مهرها وهي طريقته في المحرر

وقال أبو بكر : إن اشتراها سقط المهر ، وإن اشترته هي تنصف

واختار في الرعاية : إن طلب الزوج شراء زوجته فلها المتعة ، وإن طلبه سيدها فلا

فائدة : لو جعل لها الخيار فسؤلها . فاختارت نفسها . فالمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه لا مهر لها . قاله في القواعد .

وقيل : بتنصف . وأطلقهما في الفروع

وإن جعل لها الخيار من غير سؤال منها ، فاختارت نفسها : لم يسقط مهرها جزم به في المغني ، والشرح

قوله (وَلَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا اسْتَقَرَّ مَهْرُهَا كَامِلاً) .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، وتذكرة ابن عبدوس

وقدمه في المرعيتين ، والحاوي الصغير ، والفروع

وعنه : لا يجب سوى النصف

وقال في الوجيز : يتقرر المهر إن قتل نفسه ، أو قتله غيرها .

قال في الفروع : فظاهره لا يتقرر إن قتل أحدهما الآخر . قال : وهو متوجه إن قتلته هي

فوائد مهمة

اعلم أن المهر يتقرر كاملاً ـ سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ـ بأشياء ، ذكر المصنف بعضها . فذكر الموت . وهو بلا خلاف

قال في الفروع : ويتقرر المسمى لحرة أو أمة بموت أحدهما انتهى .

وذكر القتل . وتقدم الخلاف فيه

ومما يقرر المهر كاملا : وطؤه فى فرج حية لا ميتة . ذكره أبو المعالى وغيره

ولو وطئها فى الدبر . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يقرره الوطء فى الدبر .

ومنها : الخلوة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب وهو من مفردات . قال فى الفروع : وعنه أو لا . اختاره فى عدد الأدلة بزيادة « أو » قبل « لا » .

والثانى يظهر : أنها سهو

وقال فى القاعدة الخامسة والخمسين بعد المائة : من الأصحاب من حكى رواية بأن المهر لا يستقر بالخلوة بمجردها ، بدون الوطء .

وأنكر الأكثرون هذه الرواية وحملوها على وجه آخر — وذكره

فعلى المذهب : يتقرر كاملا ، إن لم تمنعه ، بشرط أن يظن بها . على الصحيح من المذهب

وعنه : يتقرر ، وإن لم يظن بها

ويشترط فى الخلوة : أن لا يكون عندها ثميز مطلقاً . على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع

وقيل : ثميز مسلم وحرم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

ويشترط أيضاً : أن يكون الزوج ممن يطأ مثله

ولا تقبل دعواه عدم علمه بها .

والصحيح من المذهب ولو كان أعمى . نص عليه لأن العدة أمه لا يخفى عليه ذلك .

وقيل : تقبل دعواه عدم علمه إذا كان أعمى .

وقال فى المذهب : إن صدقته لم تثبت الخلوة . وإن كذبته : فهى خلوة .

فعلى المنصوص : قدم الأصحاب — هنا — العدة على الأصل .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : فكذا دعوى إعفاقه . فإن العادة هناك أقوى انتهى .

والنائم في الخلوة كالأعمى

وتقبل قول مدعي الوطء . يعني في الخلوة على الصحيح من المذهب

[وإلا فسيأتي : أن القول قول الزوج ، فيما إذا اختلفا فيما يستقر فيه المهر من جملة الوطء بلا خلوة على الصحيح من المذهب]

وفي الواضح : يقبل قول مكلفة ، كمدعم . قاله ابن عقيل ، وجماعة

فلا يرجع هو بمهر لا تدعيه ، ولا لها مالا تدعيه

[وسيأتي ، أن القول قوله هو دونها ، فيما إذا اختلفا فيما يستقر به المهر ، ومنه الوطء ، ومحله بلا خلوة](1)

قال في الانتصار : والتسليم كتسلم . ولهذا لو دخلت البيت ، فخرج : لم يكمل . قاله قبيل المسألة .

وفي الانتصار أيضاً : يستقر به وإن لم تتسلم ، كبيع وإجارة .

وفي العدة ، والرعاية ، وتحريم الربيبة بالخلوة الخلاف . قاله في الفروع

ويأتي في أول باب العدد : حكم الخلوة من جهة العدة

وبعدم أحكام الربيبة إذا خلا بأمها في « المحرمات في النكاح » .

وقطع المصنف ، والشارح ، وغيرهما : بثبوت الرجعة له عليها إذا خلا بها في عدتها

قال في المستوعب : الخلوة تقوم مقام الدخول في أربعة أشياء . تكميل الصداق ، ووجوب العدة ، وملك الرجعة إذا طلقها دون الثلاث ، وثبوت الرجعة إن كانت مطلقة بعد الدخول

وقيل : هذه الخلوة دون الثلاث انتهى

---

(١) الزيادة بين المعقوفين من نسخة الشيخ عبد الله

ولا يتعلق بالخلوة بقية حكم الوطء على الصحيح من المذهب

وقيل : كمدخول بها إلا في حلها لمطلقها ، وإحصان قاله في الفروع .

ونقل أبو الحارث وغيره : هي كمدخول بها ويجلدان إذا زنيا انتهى

وأما لحوق النسب فقال ابن أبي موسى : روى عن الإمام أحمد رحمه الله — في صائم خلا بزوجته ، وهي نصرانية . ثم طلقها قبل مسيس ، وأتت بولد ممكن — روايتان

إحداهما : يلزمه لثبوت الفراش وهي أصح

والأخرى : قال : لا يلزمه الولد إلا بالوطء انتهى

ولو اتفقا على أنه لم يطأ في الخلوة لزم المهر والعدة . نص عليه . لأن كلا منهما مقر بما يلزمه

وذكر ابن عقيل وغيره — في تنصيف المهر هنا روايتين .

إذا علم ذلك ، فالخلوة مقررة للمهر بمظنة الوطء

ومن الأصحاب من قال : إنما قررت المهر لحصول التمكين بها وهي طريقة القاضي

وردها ابن عقيل ، وقال : إنما قررت لأحد أمرين : إما لإجماع الصحابة . وهو حجة . وإما لأن طلاقها بعد الخلوة بها ، وردها — زهداً منه فيها — : فيه ابتذال لها وكسر فوجب جبره بالمهر

وقيل : بل المقرر هو استباحة ما لا يباح إلا بالنكاح من المرأة فدخل في ذلك الخلوة واللمس بمجردهما .

وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله في رواية حرب . ذكره في القواعد

فلو خلا بها ، ولكن بهما مانع شرعي — كإحرام وحيض ، وصوم — أو حسي — كخبث ، وزنى ، وبصلوة[1] — تقرر المهر ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

(١) أي هزال وضعف من المرض الشديد .

قال الزركشي : وهو المختار للأصحاب

وقال : اتفقوا ـ فيما علمت ـ أن هذا هو المذهب انتهى .

وهو من مفردات المذهب وقدمه المصنف ، والشارح ، وغيرهم

وعنه : لا يقرره

وأطلقهن في المحرر ، و رعايتين ، والحاوي الصغير .

وعنه : يقرره ، إن كان المانع له ، و إلا فلا وهو قول في الرعاية

قال في المستوعب : إن حلا بها وهو مرتد ، أو صائم ، أو محرم ، أو محبوب استقر الصداق رواية واحدة و إن حلا بها وهي محرمة ، أو صائمة ، أو رتقاء ، أو حائض : كل الصداق في أشهر الروايتين .

وقال في الرعاية : وعنه يكمل ، مع ما لا يمنع دواعي الوطء . بخلاف صوم رمضان والحيض ، والإحرام بنسك ونحوها

قال القاضي . إن كان المانع لا يمنع دواعي الوطء ـ كالجب والعنة والرتق والمرض والحيض والنفاس ـ وجب الصداق و إن كان يمنع دواعيه ـ كالإحرام وصيام الفرض ـ فعلى روايتين .

قال المصنف ، والشارح : وعنه رواية ، إن كان صائمين صوم رمضان . لم يكمل الصداق . و إن كان غيره : كمل . انتهى

وقيل : إن حلا بها ـ وهو مرتد أو صائم أو محرم أو محبوب ـ : استقر الصداق و إن كانت صائمة أو محرمة أو رتقاء أو حائضاً : كمل الصداق على الأصح وتقدم كلامه في المستوعب .

تنبيه : قال الزركشي ، وغيره ـ بعد أن ذكر الروايتين ـ : اختلفت طرق الأصحاب في هذه المسألة فمن أبو الخطاب في خلافه ، و المجد ، والقاضي في الجامع فيما نقله عنه في القواعد : محل الروايتين في المنع ، سواء كان من جهته أو من

جهتها ، شرعياً كان ـ كالصوم والإحرام والحيض ـ أو حسياً ـ كالجب والرتق ونحوهما .

وقال القاضي ـ في الجامع ، والشريف في خلافه ـ محلهما : إن كان المانع من جهتها . أما إن كان من جهته : فإن الصداق يتقرر بلا خلاف

ونسب هذه الطريقة في القواعد إلى القاضي في خلافه .

وقال القاضي في المجرد ـ فيما أظن ـ وابن البناء : محلهما إذا امتنع الوطء ودواعيه ، كالإحرام والصيام .

فأما إن كان لا يمنع الدواعي ـ كالحيض والجب والرتق ـ فيستقر رواية واحدة

ونسب هذه الطريقة في القواعد إلى القاضي في المجرد ، وابن عقيل في الفصول

وقال القاضي في الروايتين : محلهما في المانع الشرعي . أما المانع الحسي : فيتقرر معه الصداق . وهي قريبة من التي قبلها

وتقرب منها طريقة المصنف في المغني : أن المسألة على ثلاث روايات

الثالثة : إن كان المانع منا كداً ـ كالإحرام والصيام ـ لم يكمل ، وإلا كمل انتهى

وهذه الرواية الثالثة لم يصرح الإمام أحمد رحمه الله فيها بالإحرام وإنما قاسه المصنف على الصوم الذي صرح به الإمام أحمد

ومما يقرر المهر أيضاً : اللمس والنظر إلى فرجها ونحوه بشهوة ، حتى تقبيلها بحضرة الناس ، نص عليه ، وهي من المفردات . وقدمه في الفروع

وخرجه ابن عقيل على المصاهرة . وقاله القاضي مع الخلوة ، وقال : إن كان ذلك عادته تقرر ، وإلا فلا . هكذا نقله في الفروع

قلت : قال ابن عقيل في التذكرة : إن كان ممن يقبل أو يعانق بحضرة الناس عادة ، كانت خلوة منه ، وإلا فلا .

ونقله عنه في المستوعب ، والتبعة ، والقواعد

فلعل قول صاحب الفروع « وقال : إن كان ذلك عادته : تقرر » عائد إلى ابن عقيل ، لا إلى القاضي أو يكون ابن عقيل وافق القاضي ويكون لابن عقيل فيها قولان .

قال في القواعد : والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ـ في رواية مهنا ـ أنه إذا تعمد النظر إليها ، وهي عريانة تغتسل : وجب لها المهر .

ولا يقرره النظر إليها ، على الصحيح من المذهب .

وعنه : بلى [إذا كانت غير عريانة فأما إن كانت عريانة ، وتعمد النظر إليها ـ فالمنصوص ، أنه يجب لها المهر[1]]

قال في الرعاية : ويقرره النظر إليها عريانة .

وقطع ناظم المفردات : أن النظر إلى فرجها يقرر المهر

قال في القواعد : أما مقدمات الجماع ـ كاللمس لشهوة ، والنظر إلى الفرج ، أو إلى جسدها وهي عريانة ـ فمن الأصحاب من ألحقه بالوطء ، وهو المذهب .

ومنهم : من خرجه على وجهين ، أو روايتين ، من الخلاف في تحريم المصاهرة به [ولم يقيده فيهم بالشهوة لأن قصد النظر إلى الفرج ، أو إلى جسدها وهي عريانة : لا يكون إلا لشهوة ، بخلاف اللمس إذ الغالب فيه عدم اقترانه بالشهوة فلذلك قيده فيه بها][1] انتهى

فإن تحملت بماء الزوج ففي تقرير الصداق به وجهان وأطلقهما في الفروع وقال : ويلحقه نسبه .

قلت : ظاهر كلام كثير من الأصحاب : أنه لا يقرره

وقال في الرعاية : ولو استدخلت مني زوج أو أجنبي بشهوة : ثبت النسب ، والعدة ، والمصاهرة . ولا تثبت رجعة ، ولا مهر المثل ولا يقر المسمى . انتهى .

---

(١) ما بين المربعين زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي قَدْرِ الصَّدَاقِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ ، مَعَ يَمِينِهِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى المنور ، وقدمه فى الخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وتجريد العناية .

وعنه ، القول قول من يدعى مهر المثل منهما

جزم به الخرقى ، وصاحب العمدة ، والوجيز ، ومنتخب الأزجى ، وناظم المفردات . ونصره القاضى ، وأصحابه منهم الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب وابن عقيل ، والشيرازى ، وغيرهم

قال الزركشى . اختاره عامة الأصحاب

قال فى الفروع نصره القاضى ، وأصحابه

وهو من مفردات المذهب على الخلاف بينهم .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

وعنه : يتحالفان . حكاها الشيرازى فى المنهج .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : تخرج له قول كقول مالك رحمه الله : إن كان الاختلاف قبل الدخول : تحالفا وإن كان بعده : فالقول قول الزوج فعلى الرواية الثانية — وهو أن القول قول من يدعى مهر المثل منهما — لو ادعى أقل منه ، وادعت أكثر منه . ردت إليه بلا يمين عند القاضى ، فى الأحوال كلها

وحرم به فى الوجيز ، وقدمه فى الخلاصة

وقيل ، تحلف له فى الأحوال كلها

اختاره أبو الخطاب في الهداية وقطع به ـ هو والشريف أبو جعفر ـ في خلافيهما وقدمه ابن رزين في شرحه

قال المصنف، وتبعه الشارح: إذا ادعى أقل من مهر المثل، وادعت أكثر منه: رد إلى مهر المثل ولم يذكر لأحمد يميناً. ولأن كل واحد منهما محتمل للصحة. فلا يعدل عنه إلا بيمين من صححه، كالمنكر في سائر الدعاوى. ولأنهما تساويا في عدم الظهور، فشرع التحالف، كما لو اختلف المتبايعان انتهى

وقال في المحرر، وعنه: يؤخذ بقول مدعي مهر المثل ولم يذكر اليمين. فيخرج وجوبها على وجهين

وقال في الهداية وعنه القول قول من يدعي مهر المثل. فإن ادعى هو دونه، وادعت هي زيادة: رد إليه ولا يجب يمين في الأحوال كلها، على قول شيخنا

وعندي أنه يجب فيها كلها يمين لإسقاط الدعاوى.

وفي كلام الإمام أحمد رحمه الله ما يدل على الوجهين انتهى

وتبعه في المستوعب، وغيره.

وأطلقهما في المذهب، والمستوعب، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع وغيرهم

لكن صاحب الفروع حكى الخلاف فيما إذا ادعى مهر المثل من غير زيادة ولا نقصان، تبعاً لصاحب المحرر، ولم يذكر تبعاً في غيره.

وصاحب الوجيز والحاوي، قد حكيا الخلاف كذلك، وأطلقاه أيضاً. وحكياه وجهين، فيما إذا ادعى هو نقصاً وادعت هي زيادة. وقدما عدم اليمين

وأبو الخطاب ومن تبعه ـ كما مر، والمصنف هنا ـ أجروا الخلاف في جميع الصور. وحكوه أيضاً عن القاضي أبي علي الكبير

والظاهر : أن المصنف ، والمجد ، والشارح - حالة التصنيف - : « مطلعا على خلاف ، أو ما استحضره » .

[لكن المجد لم يصرح في كلامه في حكم اليمين نفياً ولا إثباتاً في المسألة المذكورة

نعم حيث رد إلى مهر المثل ، فإنه يكون كالمسألة قبلها على الخلاف .

وأيضاً فإنه لم ينف ذكر اليمين إلا عن رواية . ولم يتعرض لثبوته في كلام الأصحاب ولا لنفيه ، وكيف ينفيه عنهم ؟ وهو ثابت في المقنع ، وقبله في الهداية ، والمذهب .

ويمكن أن يقال : إنما جزم الشيخ في المقنع بوجوب اليمين في الأحوال أو بعدمه فيها اختياراً منه لإطلاق الحالة الأخيرة بالأحوال الأولة . وهي ما يؤخذ من قوله « مدعي مهر المثل في وجوب اليمين ، أو عدمه » وأن ذلك هو ظاهر كلامهم .

والذي ذكره في المغني من « أن الأصحاب لم يذكروا يميناً » لا ينافي صنعه في المقنع حينئذ . فإن ذلك مختص بالحال الأخير فقط][1] .

فائدة . وكذا الحكم لو اختلف ورثتهما في قدر الصداق . قاله في المستوعب والوجيز ، والفروع ، وغيرهم .

وكذا لو اختلف الزوج وولي الزوجة الصغيرة في قدره . قاله القاضي وغيره واقتصر عليه في المستوعب ، وغيره .

ويحلف الولي على فعل نفسه

قوله ﴿ وإن قال : تزوجتك على هذا العبد ، فقالت : بل على هذه الأمة ، خرج على الروايتين ﴾

يعني : اللتين فيما إذا اختلفا في قدر الصداق

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وكذا قال أبو الخطاب وغيره من الأصحاب .

وكذا الحكم لو اختلفا فى جنسه أو صفته ، عند الأكثرين

لكن على رواية من يدعى مهر المثل : لو كانت الأمة تساوى مهر المثل : لم تدفع إليها ، بل يدفع إليها القيمة ، لئلا يملكها سيدها قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

قال فى المحرر ، وغيره — بعد ذكر الروايتين — لكن الواجب القيمة ، لا شىء من العينين

وقيل : إن كان معين امرأة أعلى قيمة — وهو كمهر مثل أو أقل ، وأحدد قوله — : أعطيته عينه . وكذا قال فى الفروع ، وغيره .

وقال المصنف فى فتاويه : إن عينت المرأة أمها ، وعين الزوج أمها . فينبغى أن يعتق أولها لأنه مقر بملكها له وإعتاقه عليها . ثم تتحالفان . ولها الأقل من قيمة أمها ، أو مهر مثلها . انتهى .

وفى الواضح : تتحالفان ، كبيع . ولها الأقل مما ادعته أو مهر مثلها .

وفى الترغيب : يقبل قول مدعى جنس مهر المثل فى أشهر الروايتين .

والثانية : قيمة مايدعيه هو

وقدم فى البلغة ، والرعاية ماقال فى الترغيب : إنه أشهر الروايتين

قاعدة ، لو ادعت تسمية الصداق وأنكر : كان القول قولها فى تسمية مهر المثل ، فى إحدى الروايتين . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

والرواية الثانية : القول قوله ، ولها مهر مثلها

وأطلقهما فى البلغة ، والمحرر ، والفروع .

على الأول : نصف المهر إذا طلق قبل الدخول

وعلى الثانية : فى نصفه — أو المتعة فقط — الخلاف الآتى .

قوله ﴿ وإن اختلفا في قبض المهر . فالقولُ قولها ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب قاطبة

وذكر في الواضح رواية أن القول قوله ، بناء على مايأتي قال « كان له عليّ كذا وقضيته » على مايأتي في كلام الخرقي في « باب طريق الحكم وصفته » .

قوله ﴿ وإن اختلفا فيما يستقرُّ به المهرُ ، فالقولُ قولُه ﴾

بلا نزاع .

قوله ﴿ وإن تزوَّجها على صداقين ، سرٍّ وعلانية ، أخذ بالعلانية ، وإن كان قد انعقد بالسرِّ . ذكره الخرقي ﴾ .

وذكره في الترغيب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم وهو منصوص عن الإمام أحمد رحمه الله لأنه قد أقرَّ به

نقل أبو الحارث وأحمد بن العلاء

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في المذهب ، والمسبعة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والزركشي ، وغيرهم قاله في الخلاصة

فإن رضيت المرأة بعدم السر ، وإلا لزمه العلانية

وقال القاضي : وإن تصادق على السر لم يكن لها غيره .

وحمل كلام الإمام أحمد ، والخرقي على أن المرأة قد علمت بنكاح السر

وأطلقهما في الهداية ، والمستوعب

فائدة ذكر الحلواني أن البيع مثل النكاح في ذلك

وتقدم ذلك في كتاب البيع بأتم من هذا .

تنبيه : قال المصنف في المغني ، ومن تابعه من الشارح ، وغيره : وجه قول

الخرقي أنه إذا عقد في الظاهر عقداً ـ بعد عقد السر ـ فقد وجد منه بذل الزائد على مهر السر فيجب ذلك عليه ، كما لو زاده على صداقها

قالوا ومقتضى ما ذكروه من التعليل لكلام الخرقي - أنه إن كان مهر السر أكثر من العلانية : وجب مهر السر لأنه وجب عليه بعقده . ولم تسقطه العلانية فبقي وجوبه . انتهوا

قال الزركشي : قد حمل كلام الخرقي على ما إذا كان مهر العلانية أبعد وهو متأخر . بناء على الغالب . انتهى

قلت : بل هذا هو الواقع . ولا يتأتى في العادة غيره .

وقال في الجوهر : وإذا ذكر العقد تمهر من ـ سراً ، وعلانية ـ : أخذ بمهر الزائد ، وهو العلانية . وإن انعقد بغيره نص عليه وقاله الخرقي

قال شارحه : فقوله « أخذ بالمهر الزائد وهو العلانية » أخرجه مخرج الغالب انتهى

وأما صاحب الفروع : فجعل قول الخرقي ومن تبعه قولا غير القول بالأخذ بالزائد

فقال : ومن تزوج سراً بمهر ، وعلانية بغيره - أخذ بأزيدهما

وقيل : بأولهما .

وفي الخرقي وغيره : يؤخذ بالعلانية

وذكره في الترغيب نص الإمام أحمد مطلقاً . انتهى

قلت : أما على تقدير وقوع أن مهر السر أكثر : فلا نعلم أحداً صرح بأنها لا تستحق الزائد وإن كان أنقص . فتأتى كلام الخرقي والقاضي

فوائد

الأولى : لو اتفقا قبل العقد على مهر ، وعقداه بأكثر منه تحملا ـ مثل أن

يتفقا على أن المهر ألف ، وانعقداه على ألفين ـ فالصحيح من المذهب ـ أن الألفين هي المهر .

جزم به المصنف ، والمجد ، والشارح ، وصاحب البلغة ، والرعاية ، والنظم ، والحاوي ، وغيرهم . وقاله القاضي ، وغيره .

وقيل : المهر ما اتفقا عليه أولا .

فعلى المذهب : قال الإمام أحمد رحمه الله . تفي بما وعدت به وشرطته ، من أنها لا تأخذ إلا مهر السر .

قال القاضي ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم : هذا على سبيل الاستحباب .

وقال أبو حفص البرمكي : يجب عليها الوفاء بذلك .

قلت : وهو الصواب .

الثانية : لو وقع مثل ذلك في البيع ، فهل يؤخذ بما اتفقا عليه ، أو بما وقع عليه العقد ؟ فيه وجهان . وأطلقهما في الرعاية ، والفروع .

أحدهما : يؤخذ بما اتفقا عليه . قطع به ناظم المفردات . وحكاه أبو الخطاب ، وأبو الحسين عن القاضي . وهو من المفردات .

والثاني : يؤخذ بما وقع عليه العقد . قطع به القاضي في الجامع الصغير .

وتقدم التنبيه على ذلك في كتاب البيع بعد قوله « فإن كان أحدهما مكرهاً » .

الثالثة : أفادنا المصنف ـ رحمه الله ـ بقوله « وإن تزوجها على صداقين سر وعلانية ، أخذ بالعلانية » أن الزيادة في الصداق بعد العقد : تلحق به . ويبقى حكمها حكم الأصل فيما يقرره وينصفه . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : لا تلحق به . وإنما هي هبة تفتقر إلى شروط الهبة . فإن طلقها بعد هبتها : لم ترجع بشيء من الزيادة .

وخرج على المذهب : سقوطه بما ينصفه ، من وجوب المتعة المفوضة مطلقة قبل الدخول بعد فرضه .

فعلى المذهب : يملك الزيادة من حينها . نقله مهنا في أمة عتقت ، فزيد مهرها وجعلها القاضي لمن أصل الزيادة له

[قال في المحرر : وإذا ألحق بالمهر بعد العقد زيادة ، ألحقت به ولزمته . وكانت كأصل فيما يقرره وينصفه . نص عليه الإمام أحمد رحمه الله

ويتخرج : أن تسقط هي بما ينصفه ، ونحوه . انتهى بما معه][1]

الرابعة . هدية الزوجة ليست من المهر ، نص عليه . فإن كانت قبل العقد وقد وعدوه بأن يزوجوه ، فزوجوا غيره رجع بها . قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله واقتصر عليه في الفروع

قلت : وهذا مما لاشك فيه .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله أيضاً : ما قبض بسبب النكاح فكمهر

وقال أيضاً : ما كتب فيه المهر لا يخرج منه بطلاقها

وقال في القاعدة الخمسين بعد المائة : حكى الأثرم عن الإمام أحمد رحمه الله — في المولى يتزوج الغزالية — يفرق بينهما . فإن كان دفع إليها بعض المهر ، ولم يدخل بها : يردوه . وإن كان أهدى هدية : يردونها عليه

قال القاضي في الجامع : لأن في هذه الحال يدل على أنه وهب بشرط بقاء العقد . فإذا زال : ملك الرجوع ، كالهبة بشرط الثواب . انتهى

وهذا في الفرقة القهرية — لفقد الكفاءة ونحوها — ظاهر

وكذا الفرقة الاختيارية المسقطة للمهر

فأما الفسخ المقرر للمهر ، أو ينصفه . فتثبت معه الهدية

وإن كانت العطية لغير المتعاقدين بسبب العقد — كأجرة الدلال ، والخاطب ، ونحوهما . ففي النظريات لابن عقيل : إن فسخ البيع بإقالة ، ونحوها : لم يقف على التراضي . فلا ترد الأجرة . وإن فسخ بخيار ، أو عيب : ردت . لأن البيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقياسه فى النكاح أنه إن صح نقد السكة، أو تعيبه : ردت وإن فسخ ردة، أو رضع، أو مخالعة : لم ترد. انتهى. فقد صحت القواعد.

تنبيهان

أحدهما : قوله ﴿ وَالتَّفْوِيضُ عَلَى ضَرْبَيْنِ : تَفْوِيضُ الْبُضْعِ ، وَهُوَ أَنْ يُزَوِّجَ الْأَبُ ابْنَتَهُ الْبِكْرَ ﴾.

مراده : إذا كانت مجبرة. وكذلك الثيب الصغيرة ، إذ قلنا : يجبرها. وأما إذا قلنا : لا يجبرها فلابد من الإذن فى زوجها بغير مهر ، حتى يكون تفويض بضع.

الثانى : ظاهر قوله ﴿ وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ بِالْعَقْدِ ، وَلَهَا الْمُطَالَبَةُ بِقَرْضِهِ ﴾

أنه ليس لها مطالبة بمهر قبل الدخول. وهو أحد الوجهين. لأنه لم يستقر. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

وقال جماعة من الأصحاب : لها المطالبة به ، منهم المصنف فى المغنى ، والشارح ، وابن رزين ، وغيرهم. وهو ظاهر كلامه فى رعاية الكبرى ، كما أن لها المطالبة بنصفه [لأنه لم يستقر]

فائدة : حيث قلنا للتسمية كان لها المطالبة بفرض مهر المثل ، كما أن لها ذلك هنا.

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْإِصَابَةِ وَرِثَهُ صَاحِبُهُ وَلَهُ مَهْرُ نِسَائِهَا ﴾

هذا المذهب. نص عليه فى رواية جماعة. وعليه الأصحاب.

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما. هذا ظاهر المذهب. وهو الصحيح.

قال الزركشي : هذا المذهب بلا ريب وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره . وصححه ابن أبي موسى ، وغيره . فما قرر المهر المسمى قرره هنا .

وقيل عنه : لا مهر لها حكاه ابن أبي موسى

وقيل : إنه يتنصف بالموت إلا أن يكون قد فرضه لها .

قال ابن عقيل : لا وجه للتنصيف عندي

قال الشيخ تقي الدين : في القلب حزازة من هذه الرواية ، والمنصوص عليه في رواية الجماعة : أن لها مهر المثل ، على حديث بَرْوَع بنت واشق[1] . نص عليه في رواية علي بن سعيد ، وصالح ، ومحمد بن الحكم ، والميموني ، وابن منصور ، وحمدان بن علي ، وحنبل

قال : ونقل عن الإمام أحمد رحمه الله رواية تخالف السنة وإجماع الصحابة ، بل الأمة

فإن القائل قائلان : قائل بوجوب مهر المثل ، وقائل بسقوطه

فعلمنا أن ناقل ذلك غالط عليه . والغلط إما في النقل ، أو ممن دونه في السمع أو في الحفظ ، أو في الكتاب

إذ من أصل الإمام أحمد ـ الذي لا خلاف عنه فيه ـ أنه لا يجوز الخروج عن أقوال الصحابة ولا يجوز ترك الحديث الصحيح من غير معارض له من جنسه وكان رحمه الله شديداً الإنكار على من يخالف ذلك . فكيف يفعله هو ـ مع إمامته ـ من غير موافقة لأحد ؟ ومع أن هذا القول لا حظ له في الآية . ولا له نظير . هذا مما يعلم قطعاً أنه باطل . انتهى .

(١) روى أبو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي ـ وقال : حسن صحيح ـ من حديث معقل بن سنان « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق ـ وكان زوجها مات ، ولم يدخل بها ، ولم يفرض لها صداقاً ـ فجعل لها مهر نسائها . لا وكس ولا شطط »

قوله ﴿ وإن طلقها قبل الدخول بها : لم يكن لها عليه إلا المتعة ﴾

إذا طلق المفوضة قبل الدخول ، فلا يخلو : إما أن يكون قد فرض لها صداقاً ، أولا

فإن كان قد فرض لها صداقاً - وهو مراد المصنف - فلا يخلو : إما أن يكون تفويض بضع ، أو تفويض مهر

فإن كان تفويض بضع : فليس لها إلا المتعة على الصحيح من المذهب .

ونص عليه في رواية جماعة ، وعليه أكثر الأصحاب . منهم الخرقي ، والقاضي ، وأصحابه .

قال في المحرر : وهو أصح عندي ، وصححه في النظم ، وتجريد العناية

قال في التلخيص : هذا أصح الروايتين

قال في الرعايتين : وهو أظهر

واختاره الشيرازي ، وغيره

وجزم به في الوجيز وغيره ، وقدمه في التبصرة ، والكافي - وقال : هذا المذهب - والشرح ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم

وعنه : يجب لها نصف مهر المثل ، قدمه في الخلاصة ، والرعايتين ، وتهذيب ابن رزين ، ويدرك المتعة ، وجزم به في المنور

قال الزركشي : هذه أصحهما

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمحرر ، والوجيز

وإن كان تفويض مهر ، فقد المصنف هنا أنه ليس لها إلا المتعة ، وهو إحدى الروايتين والمذهب منهما ، قدمه في الكافي ، وقال : هذا المذهب

وصححه في المحرر ، والنظم ، وتجريد العناية ، وغيرهم

وهو ظاهر كلامه في الوجيز ، والوجوه

قال في الرعايتين : وهو أظهر .

وعنه : يجب لها نصف مهر المثل . وهو المذهب وهو ظاهر كلام الخرقي .

وجزم به في الوجيز ، وابن رزين في شرحه ، والمنور .

وقدمه في المغني ، والشرح ، والرعايتين ، ونهاية ابن رزين ، وإدراك الغاية ، وأطلقهما الزركشي ، والفروع

وإن كان فرض لها صداقاً صحيحاً : فالصحيح من المذهب : وجوب نصف الصداق المسمى وعليه الأصحاب

وعنه : يسقط ، وتجب المتعة

فائدة . لو سمى لها صداقاً فاسداً ، وطلقها قبل الدخول : لم يجب عليه سوى المتعة ، على إحدى الروايتين نصره القاضي ، وأصحابه . قاله في الفروع .

قال الزركشي اختاره الشريف ، وأبو الخطاب في خلافيهما

واختاره المجد ، وصاحب الرعايتين

وعنه : يجب عليه نصف مهر المثل ، وهو المذهب

جزم به الخرقي ، وابن رزين في شرحه .

واختاره الشيرازي ، والمصنف ، والشارح

وأطلقهما في الحاوي الصغير ، والفروع ، والزركشي

ولم ينصف المسمى غيره هنا ، إلا في هذين المسألتين ، على الخلاف فيهما .

قوله ﴿ وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ : لَمْ يَكُنْ لَهَا عَلَيْهِ إِلَّا الْمُتْعَةُ . عَلَى الْمُوسِعِ قَدْرُهُ ، وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ فَأَعْلَاهَا : خَادِمٌ وَأَدْنَاهَا كِسْوَةُ تُجْزِيهَا فِي صَلَاتِهَا ﴾ .

اعلم أن الصحيح من المذهب . اعتبار وجوب المتعة بحال الزوج هو عليه وعليه جماهير الأصحاب وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع والزركشى ، وغيرهم

وقيل : الاعتبار بحال المرأة

وقيل : الاعتبار بحالهما

وعنه : يرجع فى تقديره إلى الحاكم

وعنه : يجب لها نصف مهر المثل ذكرها القاضى فى المجرد

قال المصنف : وهذه الرواية تصعب لوجهين

أحدهما : مخالفة نص الكتاب لأن نص الكتاب يقتضى تقديره بحال الزوج وتقديره بنصف المهر يوجب اعتباره بحال المرأة

الثانى : أن لو قدرناها بنصف مهر المثل ، لكانت نصف مهر إذ ليس المهر معيناً فى شىء انتهى

قال الزركشى وهذه رواية أحمدها القاضى — فى روايتيه — من رواية ابن منصور وسأله : كم المتاع ؟ فقال : على قدر الحدة وعلى من ؟ قال . تمتع بنصف صداق المثل ، لأنه لو كان فرض لها صداقاً كان لها نصفه .

قال القاضى : وظاهر هذا : أنها غير مقدرة ، وأنها معتبرة بيسره وإعساره

وقد حكى قول غيره : أنه قدرها بنصف مهر المثل ، ولم يذكره

فظاهر هذا : أنه مذهب له . انتهى .

قال الزركشى : وهذا فى غاية التوهين لأنه إنما حكى مذهب غيره ، بعد أن حكى مذهبه .

قال : وبهذا تكون هذه الرواية مذهباً معتمداً له إذا لم يكن الإمام أحمد قد ذكر مذهبه معها ، مع أنه قد ذكره هنا معها .

قال : ولا تليق هذه الرواية بمذهب الإمام أحمد رحمه الله ، لأنه حينئذ تنفى

فائدة اعتبار الموسع والمقتر، ولا تبقى فائدة في إيجاب نصف مهر المثل أو المتعة، إلا أن غايته: أن ثمَّ الواجب من النقدين، وهنا: الواجب متاع.

قوله ﴿ وإنْ دَخلَ بها، استقرَّ مهرُ المِثْلِ، فإنْ طلقها بعدَ ذلكَ، فهلْ تجبُ المُتْعةُ؟ على روايتَيْنِ أصحُّهما لا تجبُ ﴾

وكذا قال في الهداية، والمستوعب، وغيرهما، وهو كما قالوا، وهو المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، وصححوه.

وجزم به في الوجيز، وغيره، وقدمه في الفروع، وغيره.

والرواية الثانية: تجب لها المتعة. نقل حنبل: لكل مطلقة متعة.

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله في موضع من كلامه.

[وقد تقدم لنا أن كلام المصنف فيما إذا لم يفرض لها صداقاً، الرواية لا تختص بذلك، كما يدل عليه سياق كلامه، بل هي مطلقة فيه، وفي جميع المطلقات كما هو ظاهر الفروع وغيره][1]

وقال أبو بكر: والعمل عندي عليه التواتر الروايات بخلافه.

قال الزركشي وإليه ميل أبي بكر لذلك.

فائدتان

إحداهما: إذا دخل بها - وكان قد سمى لها صداقاً - ثم طلقها، فلا متعة لها على الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب.

وعنه: لها متعة.

وقال الإمام أحمد رحمه الله - فيما خرجه في مجلسه - قال ابن عمر: « لكل مطلقة متاع إلا التي لم يدخل بها، وقد فرض لها » واختار هذه الشيخ تقي الدين رحمه الله في الاعتصام بالكتاب والسنة ورجحه بعضهم على التي قبلها.

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله

قال في المحرر: لا متعة إلا لهذه المفارقة قبل الفرض والدخول.

وعنه: تجب للكل مطلقة.

وعنه: تجب للكل إلا من دخل بها، وسمى مهرها. انتهى.

وتبعه في الرعايتين، والحاوي، وغيرهم.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله - عن هذه الرواية الثالثة - صوابه: إلا من سمى مهرها، ولم يدخل بها.

قال: وإنما هذا رابع حصل من قلم صاحب المحرر. انتهى.

قلت: رأيت في كلام بعضهم، أنه قال: رأيت ما يدل على كلام الشيخ تقي الدين رحمه الله بخط الشيخ تقي الدين الزرعي رحمه الله.

الثانية: في سقوطه المتعة بهبة مهر المثل قبل الفرقة وجهان، وأطلقهما في الفروع.

أحدهما: لا تسقط بها. صححه الناظم، وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والمحرر.

والثاني: تسقط. قدمه في المغني، والشرح.

وجزم به ابن رزين في شرحه.

وذكر المصنف الأول احتمالا.

قوله ﴿ ومهرُ المِثْلِ مُعْتَبَرٌ بِمَنْ يُسَاوِيهَا مِنْ نِسَاءِ عَصَبَاتِهَا كَأُخْتِهَا، وعَمَّتِهَا، وبِنْتِ أَخِيهَا وعَمِّهَا ﴾.

هذا إحدى الروايتين، اختاره المصنف، والشارح، وصححه في البلغة.

وعنه: تعتبر جميع أقاربها، كأمها وخالتها.

وهذا المذهب، وعليه جمهور الأصحاب.

قال في الفروع: اختاره الأكثر، وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والكافى ، والزركشى .

فائدة : يعتبر فى ذلك الأقرب فالأقرب من النساء ، على كلا الروايتين . قاله فى الفروع وغيره .

قوله ﴿ وإنْ كَانَ عَادَتُهُمُ التَّأْجِيلَ ، فُرِضَ مُؤَجَّلاً ، فى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى التصحيح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته وجزم به فى الوجيز ، وغيره ، وقدمه فى الرعايتين ، والفروع

والوجه الثانى : يفرض حالاً كما لو اختلفت عادتهم .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والحاوى الصغير .

فائدة : لو اختلفت مهورهن : أخذ بالوسط الحالّ .

قوله ﴿ فَأَمَّا النِّكَاحُ الْفَاسِدُ فَإِذَا أَفْتَرَقَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِطَلَاقٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلَا مَهْرَ فِيهِ ﴾ .

إذا افترقا فى النكاح الفاسد قبل الدخول ، بغير طلاق ولا موت : لم يكن لها مهر ، بلا نزاع

وإن كان بطلاق ، فجزم المصنف هنا : بأنه لا مهر لها وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المحرر فى الفروع ، وغيره

وقيل : لها نصف المهر . وحكاه ابن عقيل وجهاً .

وإن افترقا بموت ، فظاهر كلامه هنا : أنه لا مهر لها وهو صحيح . وهو المذهب وعليه الأصحاب

قال فى الفروع . ويتوجه أنه على الخلاف فى وجوب العدة به .

قوله ﴿ وَإِنْ دَخَلَ بِهَا : اسْتَقَرَّ الْمُسَمَّى ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه .

قال فى القواعد الفقهية : وهى المشهورة عن الإمام أحمد رحمه الله .

وهى المذهب عند أبى بكر ، وابن أبى موسى

واختارها القاضى ، وأكثر أصحابه فى كتب الخلاف .

وجزم به فى المنور وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع

وعنه : يجب مهر المثل

قال المصنف هنا : وهى أصح وهو ظاهر كلام الخرقى واختاره الشارح .

وجزم به فى الوجيز

على المذهب يفرق بين النكاح والبيع ، بأن المبيع فى البيع الفاسد إذا تلف ضمنه بقيمة لا تتجاوز على المنصوص ، وبأن النكاح — مع فساده — منعقد ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ، ولزوم عدة الوفاة بعد الموت ، والاعتداد منه عند المفرقة فى الحياة ، ووجوب المهر فيه بالعقد ، وتقرره بالخلوة . فلذلك لزم المهر المسمى فيه كالصحيح

يوضحه . أن ضمان المهر فى النكاح الفاسد ضمان عقد كضمانه فى الصحيح وضمان البيع الفاسد : ضمان غصب ، بخلاف البيع الصحيح فإن ضمانه ضمان عقد .

قوله ﴿ وَلَا يَسْتَقِرُّ بِالْخَلْوَةِ ﴾

هذا اختيار المصنف ، والشارح وذكره فى الانتصار ، والمذهب ، رواية عن الإمام أحمد رحمه الله

قال ابن رزين . ويحتمل أن لا يجب ، لظاهر الخبر وهو قول الجمهور

ومراده — والله أعلم — جمهور الفقهاء ، لا جمهور الأصحاب

وقال أصحابنا : يَسْتَقِرُّ . وهو المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

تنبيه هل يجب مهر المثل ، أو المسمى ؟ مبنى على الذى قبله ، وجزم به فى الوجيز وغيره . وأطلقهما فى الرعاية .

وقيل : يجب لها شىء ولا يكمل المهر

فائدة : لا يصح تزويج من نكاحها فاسد قبل طلاق أو فسخ . فإن أبى الزوج الطلاق ، فسخه الحاكم . هذا المذهب قاله فى القواعد الأصولية وغيره

قال فى الفروع : وظاهره ولو زوجها قبل فسخه لم يصح مطلقاً ومثله نظائره .

وقال ابن رزين : لا يفتقر إلى فرقة لأنه معقد كالنكاح الباطل . انتهى .

وقال فى الإرشاد : لو زوجت نفسها بلا شهود : ففى تزويجها قبل الفرقة روايتان . وهما فى الرعاية : إذا زوجت بلا ولى ، أو بدون الشهود .

وفى تعليق ابن أبى ، فى عقد النكاح برجل وامرأتين : أنه إذا عقد عليها عقداً فاسداً لا تحور صحيح ، حتى تقضى منه الأوب ، ولو سلما فلأنه حرام ، والحرام فى حكم العدم .

قوله ﴿ وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ لِلْمَوْطُوءَةِ بِشُبْهَةٍ ﴾ .

وهو المذهب وعليه الأصحاب .

وظاهر كلام الشيخ تقى الدين رحمه الله أنه لا يجب لها مهر لأنه قال : النص إنما تقوم على زوج أو شبهه . فيمسكه

قوله ﴿ وَالْمُكْرَهَةِ عَلَى الزِّنَا ﴾ .

يعنى : يجب لها مهر المثل وهو المذهب مطلقاً . وعليه جمهور الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

وحرم به فى الوجيز وغيره

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع

وعنه : يجب للسكر خاصة اختاره أبو بكر

وعنه : لا يجب مطلقاً ذكرها - واختارها - الشيخ تقى الدين رحمه الله

وقال : هو حديث .

فائدة - لو أكرهها ووطئها فى الدبر ، فلا مهر على الصحيح من المذهب .

اختاره المصنف ، والشارح .

وحرم به فى الكافى ، والمغنى ، وشرح ابن رزين . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والشرح ، وغيرهم .

وقيل : حكمه حكم الوطء فى الدبر . حرم به فى المحرر . وأطلقهما فى الفروع وتجريد العناية

تنبيهان

أحدهما : يدخل فى عموم كلام المصنف : الأجنبية ، وذوات محارمه وهو المذهب اختاره أبو بكر ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه

وعنه : لا مهر لذات محارمه . كالقواط بالأمرد .

قال المصنف ، والشارح . لأن تحريمهن تحريم أصل وفارق من حرمت تحريم مصاهرة قبل تحريمها طارىء .

قال : وكذلك يلزم أن يكون الحكم فيمن حرمت برضاع . لأنه طارىء أيضاً انتهى

وعنه : أن من تحرم انتهاكها لا مهر لها ، كالأم والبنت ، والأخت ومن تحل انتهاكها كالمعتدة ، والخالة - لها مهر .

قال بعضهم - عن رواية من تحرم انتهاكها - بخلاف المصاهرة ، لأنه طارىء .

الثانى : مفهوم كلام المصنف أنه لا مهر للمطاوعة . وهو صحيح . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الانتصار يجب المهر للمطاوعة و يسقط .

و يستثنى من ذلك الأمة إذا وطئت مطاوعة فإن المهر لا يسقط بذلك على الصحيح من المذهب قطع به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهم بل يأخذه السيد

وقيل : لا مهر لها وأطلقهما فى الفروع ، فقال : وفى أمة أدبت وجهان .

فائدتان

إحداهما . إذا كان نكاحها باطلا بالإجماع ، ووطىء فيه فهى كمكرهة فى وجوب المهر وعدمه على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع وغيره

وجزم به فى الكافى ، والرعاية ، وغيرهم

وفى الترغيب : رواية يلزم المسمى .

الثانية : لو وطىء ميتة : لزمه المهر .

قال فى الفروع : لزمه المهر فى ظاهر كلامهم . وهو متجه

وقال القاضى فى جواب مسألة : ووطء الميتة محرم ، ولا مهر ، ولا حدَّ فيه .

قوله (وَلَا يَجِبُ مَعَهُ أَرْشُ الْبَكَارَةِ)

يعنى : مع وجوب المهر لموطوأة بشبهة ، أو زنا هذا المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع وغيرهم .

(وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ لِلْكَرَاهَةِ)

وهو رواية منصوصة عن الإمام أحمد رحمه الله

واختاره القاضى فى المجرد ، وقاله فى المستوعب وأطلقهما فى المحرر ، والحاوى الصغير

فائدة : يتعدد المهر بتعدد الزنا . لا بتكرر الوطء بشبهة . قاله في الترغيب ، وغيره

وذكر أبو يعلى الصغير : أنه يتعدد بتعدد الوطء في الشبهة ، لا في نكاح فاسد .

وقال في الرعايتين ، والحاوي الصغير : ويتعدد المهر بتعدد الشبهة .

وفي المغني ، والشرح ، والنهاية ، وغيرهم : في الكتابة يتعدد المهر في نكاح فاسد .

وقالوا : إن استوفت المكاتبة — في النكاح الفاسد — المهر عن الوطء الأول : فلها مهر ثان وثالث ، وإلا فلا

وقال في عيون المسائل ، والمغني ، والشرح هنا : لا يتعدد في نكاح فاسد

وقاله القاضي في التعليق ، كدخولها على أن [لا] تستحق مهراً

وفي التعليق أيضاً : بكل وطء في عقد فاسد مهر ، إن علم فساده . وإلا مهر واحد

وفي التعليق أيضاً : في المكرهة لا يتعدد لعدم التنقيص كنكاح وكاستواء موضحة .

وفي التعليق أيضاً : لو أقر بشبهة فلها مهر ولو سكتت

قوله ﴿وإذا دفع أجنبية ، فأذهب عذرتها : فعليه أرش بكارتها﴾

هذا المذهب . وعليه جمهور الأصحاب وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وقدمه في المغني ، والشرح وقال : هو القياس ، لولا ما روي عن الصحابة .

وقال القاضي ﴿ يجب مهر المثل ﴾ وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وأطلقهما في المحرر .

قوله ﴿ وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ الزَّوْجُ ، ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ : لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ إِلَّا نِصْفُ الْمُسَمَّى ﴾

وهو المذهب ، وعليه الأصحاب .

وخرج وجوب المهر كاملا من الرواية التي قال بها القاضي قيل .

قال في الرعاية ، قلت : ويحتمل وجوبه .

فائدة : قال المصنف في فتاويه : لو مات أو طلق من دخل بها ، فوصمت في يومها ، ثم تزوجت فيه ، وطلق قبل دخوله ، ثم تزوجت في يومها من دخل بها : فقد استحقت في يوم واحد بالنكاح مهرين ونصفا . فيعايى بها .

قلت : ويتصور أن تستحق أكثر من ذلك : بأن تطلق من الثالث قبل الدخول وكذا رابع وخامس

تنبيهان

أحدهما : قوله ﴿ وَلِلْمَرْأَةِ مَنْعُ نَفْسِهَا حَتَّى تَقْبِضَ مَهْرَهَا ﴾ .

مراده : المهر الحال . وهذا بلا نزاع بين الأصحاب

ونقله ابن المنذر اتفاقا . وعلله الأصحاب بأن المنفعة مقصود عليها تتلف بالاستيفاء فإذا تعذر استيفاء المهر عليها : لم يمكنها استرجاع عوضها ، بخلاف المبيع .

الثاني : هذا إذا كانت تصلح للاستمتاع .

فإن كانت لا تصلح لذلك : فالصحيح من المذهب : أن لها المطالبة به أيضا . اختاره ابن حامد وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره .

ورجح المصنف في المغني خلافه .

وخرجه صاحب المستوعب ، مما حكى الآمدي : أنه لا يجب الدفع تسليم المهر ، بل بدل ، كالثمن المعين

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : الأشبه عندي : أن الصغيرة تستحق المطالبة

له نصف الصداق ، لأن النصف يستحق بإبراء الحاكم . وهو حاصل بالعقد . والنصف الآخر بإبراء الدخول ، فلا يستحق إلا بالتمكين .

فوائد

الأولى : لو كان المهر مؤجلاً : لم تملك منع نفسها . لكن لو حل قبل الدخول ، فهل لها منع نفسها — كقبل التسليم — كما هي عبارة الكافي ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم [فيهما(١)] فيه وجهان وأطلقهما في الرعايتين ، والحاوي الصغير .

أحدهما : ليس لها ذلك وهو الصحيح صححه في النظم وجزم به في المغني والشرح وقدمه في الفروع

والوجه الثاني لها ذلك

الثانية حيث قلنا لها منع نفسها ، فليس أن تسافر بغير إذنه . قطع به الجمهور وفي الروضة : لها ذلك في أصح الروايتين . والصحيح من المذهب : أن لها النفقة

وعلل الإمام أحمد رحمه الله وجوب النفقة بأن الحبس من قبله . وجزم به في المغني ، والشرح ، والنظم ، والرعاية الكبرى

وقدمه في الفروع ، وقال وظاهر كلام جماعة : لا نفقة . وهو متجه .

الثالثة لو قبضت المهر ، ثم سلمت نفسها ، فله منعها قبلها منع نفسها ، حتى تقبض بدله عبده أو نحوه على الصحيح من المذهب قدمه في الفروع . وصححه المصنف ، والشارح

وقيل : ليس لها ذلك وأطلقهما في الرعايتين ، والحاوي الصغير

قوله (فَإِنْ تَبَرَّعَتْ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهَا ، ثُمَّ أَرَادَتْ الْمَنْعَ)

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

معى : سد الدخول ، أو الخلوة .

(فَهَلْ لَهَا ذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) .

وأطلقهما فى الزعانتين ، والشرح ، والحاوى الصغير ، والمذهب .

أحدهما : ليس لها ذلك . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر . انتهى .

منهم : أبو عبد الله بن بطة ، وأبو إسحق بن شاقلا . وصححه فى التصحيح ، والنظم وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع .

والوجه الثانى : لها ذلك . اختاره ابن حامد .

على المذهب : لو امتنعت لم يكن لها نفقة .

ويأتى ذلك أيضاً فى كتاب النفقات فى أثناء الفصل الثالث .

فائدتان

إحداهما : لو أبى كل واحد من الزوجين التسليم أولا : أجبر الزوج على تسليم الصداق أولا . ثم تجبر هى على تسليم نفسها على الصحيح من المذهب جزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما وقدمه فى الفروع ، وغيره

وقيل : يؤمر الزوج بجعله تحت يد عدل وهى بتسليم نفسها . فإذا فعلته : أخذته من العدل .

وإن بادر أحدهما ، فسلم : أجبر الآخر فإن بادر هو ، فسلم الصداق فله طلب التمكين ، فإن أبت بلا عذر فله استرجاعه

الثانية : لو كانت محبوسة ، أو لها عذر يمنع التسليم ، وجب تسليم الصداق . على الصحيح من المذهب . كمهر الصغيرة التى لا توطأ مثلها . كما تقدم

وقيل : لا يجب .

قوله (وَإِنْ أَعْسَرَ بِالْمَهْرِ قَبْلَ الدُّخُولِ : فَلَهَا الْفَسْخُ) .

يعنى : إذا كان حالا . وهذا المذهب .

قال فى التصحيح ـ فى كتاب العدات ـ هذا المشهور فى المذهب واختاره أبو بكر . وجزم به فى المحرر ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والنظم ، والوجيز ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : فيها القسم فى أصح الوجهين

ورجحه فى المغنى وقدمه فى المحرر ـ فيما إذا كان ذلك بعد الدخول لا قبله ـ والشرح ، وغيرها .

وقيل : ليس له ذلك

اختاره المصنف ، وابن حامد . قاله الشارح .

[والذى نقله فى المحرر عن ابن حامد عدم ثبوت القسم بعد الدخول ومقتضاه ، أنه لا يحتاج فى ثبوته له قبل ذلك][1] وأطلقهما فى الفروع

قوله (وإن أعسر بعضه : فعلى وجهين) .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والنظم والفروع

أحدهما : له القسم

قال فى الرعايتين ، والحاوى . فله القسم فى أصح الوجهين وجزم به فى الوجيز وحرره أبو بكر وقدمه فى المحرر

والوجه الثانى : ليس له القسم بعد الدخول

نقل ابن منصور : إن تزوج معسرة ، ولم تعلم المرأة ، لا فرق بينهما إلا أن يكون قال « عندى عرض ومال وغيره »

قال فى التصحيح فى كتاب العدات : المشهور فى المذهب لا قسم له وختاره ابن حامد والمصنف

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقيل : إن أعسر بعد الدخول : ابقى على ميع نفسها لقبض صداقها بعد الدخول ، كما تقدم .

إن قلنا : لها منع نفسها هناك فلها الفسخ هنا ، وإلا فلا . وهى طريقته فى المفنى . وابن منجا فى شرحه .

فائدتان

إحداهما : لو رضيت بالمقام معه مع عسرته ، ثم أرادت بعد ذلك الفسخ : لم يكن لها ذلك على الصحيح من المذهب .

وقيل : لها ذلك .

على المذهب : لها منع نفسها

الثانية : لو تزوجته عالمة بعسرته : لم يكن لها الفسخ . على الصحيح من المذهب

وقيل : لها ذلك

تنبيه : محل هذه الأحكام إذا كانت الزوجة حرة .

فأما إن كانت أمة : فالخيرة فى المنع والفسخ إلى السيد على الصحيح من المذهب قدمه فى الرعاية والفروع ، وغيرهما . وجزم به فى المحرر ، والنظم ، وغيرهما .

وقيل : لها قال فى الرعاية : وهو أولى ، كولى الصغيرة والمجنونة

قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ الْفَسْخُ إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطعوا به

وقيل : لا تحتاج إلى حكم حاكم ، كخيار المعتقة تحت عبد انتهى .

باب الوليمة

[فائدة : قال الكمال الدميري في شرحه على المنهاج في « النقوط » المعتاد في الأفراح . قال النجم البالسي : إنه كالدَّين لدافعه المطالبة به ، ولا أثر للعرف في ذلك . فإنه مضطرب . فكم يدفع النقوط ، ثم يستحق أن يطالب به ؟ انتهى][1]

قوله ﴿ وَهِيَ اسْمٌ لِدَعْوَةِ الْعُرْسِ خَاصَّةً ﴾ .

هذا قول أهل اللغة . قاله في المطلع .

وفيه أيضاً : أن الوليمة اسم لطعام العرس [كالقاموس ، وزاد : أو كل طعام صنع لدعوة أو غيرها .

فقولهم « اسم لدعوة العرس » على حذف مضاف « لطعام دعوة » وإلا فالدعوة نفس الدعاء إلى الطعام . وقد يضم ذلك ، كذلك الدعاء][1]

قال ابن عبد البر : قاله ثعلب وغيره .

واختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وقدمه في النظم .

وقال بعض أصحابنا : الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث إلا أن استعمالها في طعام العرس أكثر .

وقيل : تطلق على كل طعام لسرور حادث . إطلاقاً متساوياً . قاله القاضي في الجامع . نقله عنه الشيخ تقي الدين رحمه الله .

وقال في المستوعب : وليمة الشيء : كماله وجمعه . وسميت دعوة العرس وليمة لاجتماع الزوجين .

فائدة : الأطعمة التي يدعى إليها الناس عشرة .

الأول : الوليمة . وهي طعام العرس

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

الثانى : الخِداق ، وهو الطعام عند خِداق الصبى أى معرفته ، وتمييزه ، وإتقانه .

الثالث : العذيرة والإعذار ، لطعام الختان .

الرابع : الخُرْسة والخُرْس ، لطعام الولادة

الخامس : الوكيرة ، لدعوة البناء

السادس : القيمة ، لقدوم القادم .

السابع : العقيقة ، وهى الذبح لأجل الولد ، على ما تقدم فى أواخر باب الأضحية .

الثامن : المأدُبة ، وهو كل دعوة لسبب كانت أو غيره

التاسع : الوضيمة ، وهو طعام المأتم .

العاشر : النجعة ، وهو طعام القادم

وزاد بعضهم : حادى عشر وهو الشَّنْدَخِية وهو طعام الإملاك على الزوجة

وثانى عشر : المشداخ وهو الطعام يأكل فى ختمة القارىء

وقد نظمها بعضهم ، ولم يستوعبها ، فقال :

وليمة عرس ، ثم خُرْس ولادة وعَقٌّ لسبع والختان لإعذار
ومأدبة أطلق لقيمة عالم وَضِيمة موت والوَكيرة للدار
وزيدت لإملاك الزوج شندخ ومشداخ لأكل فى ختمة القارى
فأحل بالخداق والنجعة .

قوله ﴿ وَهِىَ مُسْتَحَبَّةٌ ﴾

هذا مذهب وعليه الأصحاب ، ولو شاة فأقل قاله فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، وغيرهم : يستحب أن لا تنقص عن شاة .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : تستحب بشاة .

وقال ابن عقيل : ذكر الإمام أحمد رحمه الله أنها تجب ولو بشاة ، للأمر[1]

وقال الزركشى : قوله عليه الصلاة والسلام « ولو بشاة » الشاة هنا — والله أعلم — للتقليل . أى : ولو بشىء قليل ، كشاة

فيستفاد من هذا : أنه تجوز الوليمة بدون شاة .

ويستفاد من الحديث : أن الأولى بزيادة على الشاة . لأنه عمل ذلك قليلاً .

انتهى

فائدتان

إحداهما : تستحب الوليمة بالعقد . قاله ابن الجوزى . واقتصر عليه فى الفروع .

وقدمه فى تجريد العناية .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : تستحب بالدخول .

قلت : الأولى أن يقال : وقت الاستحباب موسع من عقد النكاح إلى انتهاء أيام العرس . نصحة لأخبار فى هذا . وكمال السرور بعد الدخول ، لكن قد جرت العادة بعمل ذلك قبل الدخول بيسير

الثانية : قال ابن عقيل : السنة أن يكثر للبكر

قلت : الأخبار فى هذا بالبيان . فإنه عليه أفضل الصلاة والسلام « ما أولم على أحد من أزواجه على ما أولم على زينب . وكانت ثيبا » لكن قد جرت العادة بعمل ذلك فى حق البكر أكثر من الثيب .

---

(١) روى البخارى ومسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه — وقد رأى عليه أثر الزواج « مهيم » فقال : تزوجت . فقال أولم ولو بشاة » .

قوله ﴿ وَالإِجَابَةُ إِلَيْهَا وَاجِبَةٌ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً بشروطه . وعليه جماهير الأصحاب ونصروه

قال ابن عبد البر لا خلاف فى وجوب الإجابة إلى الوليمة

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافى ، والهادى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قال فى الإفصاح : ويجب فى الأشهر عنه

وقيل : الإجابة فرض كفاية

وقيل : مستحبة . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وعنه : إن دعاه من يثق به ، فالإجابة أفضل من علمها .

وقدم فى الترغيب . لا يلزم القاضى حضور وليمة عرس ذكره عنه فى الفروع فى باب أدب القاضى . وذكره فى الرعاية هناك قولا .

قوله ﴿ إِذَا عَيَّنَهُ الدَّاعِي الْمُسْلِمُ ﴾

مفيد بما إذا لم يحرم هجره فإن حرم هجره لم يجبه ولا كرامة .

ومفيد أيضاً بما إذا لم يكن كسبه خبيثاً فإن كان كسبه خبيثاً : لم يجبه . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقيل : بلى

وسمع ابن الجوزى — فى المنهاج — من إجابة ظالم وفاسق ومبتدع ، ومجاهر بها ، أو فيها ، ومبتدع يتكلم ببدعته إلا أن يرد عليه

وكذا إن كان فيها منكر محض أو كذب كثير فيهن ، وإلا أبيح إذا كان قليلا

وقيل : يشترط أن لا يخص بها الأغنياء ، وأن لا يخص المدعو الداعى ، ولا يرجوه ، وأن لا يكون فى المحل من يكرهه المدعو ، أو يكره هو المدعو

قال في الترغيب ، والسنة إن علم حضور الأراذل ، ومَنْ مجالستهم تزري بمثله لم تجب إجابته

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله ، على هذا لقول : لم أره لغيره من أصحابنا

قال : وقد أطلق الإمام أحمد رحمه الله الوجوب واشترط الحل ، وعدم السكر

وأما هذا الشرط فلا أصل له ، كما أن مخالطة هؤلاء في صفوف الصلاة لا تسقط الجماعة وفي الحضرة : لا تسقط حق الحضور فكذلك ههنا

وهذه شبهة الحجاج بن أرطاة . وهو نوع من التكبر ، فلا التفات إليه .

نعم ، إن كانوا يتكلمون بكلام محرم فقد اشتملت الدعوة على محرم . وإن كان مكروها : فقد اشتملت على مكروه .

وأما إن كانوا فساقا ، لكن لا يأتون بمحرم ولا مكروه ، فليته في المجلس : فينبغي أن يحضر ، إذا لم يكونوا ممن يهجرون ، مثل المستترين .

أما إن كان في المجلس من يهجر . ففيه نظر والأشبه : جواز الإجابة ، لا وجوبها . انتهى .

قوله (فإنْ دعا الجفلى ، كقوله : أيُّها النَّاسُ تعالَوْا إلَى الطَّعام ، أوْ دعاهُ فيما بعْدَ اليَوْمِ الأوَّلِ ، أوْ دعاهُ ذِمِّيٌّ : لَمْ تجبِ الإجابةُ) .

إذا دعا الجفلى لم تجب إجابته . على المذهب . وعليه الأصحاب ويحتمل أن تجب . قاله ابن رزين في شرحه .

على المذهب : تكره على الصحيح من المذهب . جزم به في الكافي ، والرعايتين ، والوجيز ، وغيرهم .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : لا تجب ، ولا تستحب

وقيل : تباح . وأطلقهما في الفروع .

وأما إذا دعاه فيما بعد اليوم الأول - وهو اليوم الثاني ، والثالث - : فلا تجب

الإجابة بلا نزاع لكن تستحب إجابته فى اليوم الثانى ، وتكره فى اليوم الثالث .

ونقل حنبل : إن أحب أجاب فى الثانى ، ولا يجيب فى الثالث

وأما إذا دعاه ذمى . فالصحيح من المذهب . لا يجب إجابته ، كما قطع به المصنف هنا . وعليه الأصحاب .

ونقل أبو داود : قيل لأحمد : تجيب دعوة الذمى ؟ قال نعم

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله قد يحمل كلامه على الوجوب

فعلى المذهب : تكره إجابته على الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز

وقيل تحرم من غير كراهة

قال المصنف فى المغنى ، قال أصحابنا لا تجب إجابة الذمى ، ولكن تجوز .

وقال فى الكافى : وتجوز إجابته .

قلت : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله المتقدم : عدم الكراهة وهو الصواب .

قال ابن رزين فى شرحه : لا بأس بإجابته

وأطلقهما فى الفروع . وخرج ابن الزاغونى — من رواية : عدم جواز تهنئتهم وتعزيتهم وعيادتهم — عدم الجواز هنا

قوله (وَسَائِرُ الدَّعْوَاتِ وَالْإِجَابَةُ إِلَيْهَا مُسْتَحَبَّةٌ) .

هذا قول أبى حفص العكبرى وغيره . وقطع به فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى قاله فى المستوعب

والصحيح من المذهب أن سائر الدعوات مباحة . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

قال فى الفروع : حضره لا كثر

قال الزركشى : قاله القاضى ، وعليه عامة أصحابه .

وقطع به فى الهداية ، والفصول ، وخصال ابن البنا ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والحاوى ، ونظم المفردات

وقدمه فى المستوعب ، والنظم ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم

وعنه : يكره دعوة الختان وهو قول فى الرعاية . ويحتمله كلام الخرقى .

وأما الإجابة إلى سائر الدعوات ، فالصحيح من المذهب : استحبابها كما جزم به المصنف هنا .

وجزم به فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

قال الزركشى : وهو الظاهر .

وقدمه فى الرعاية ، والفروع ، ونجم بن حمدان الصابونى ، وغيرهم .

وقيل : يباح . ونص عليه . وهو قول القاضى ، وجماعة من أصحابه .

قال الزركشى : وهو ظاهر كلام الخرقى .

وجزم به فى الموجز ، والمحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والمنور .

وقدمه ناظم المفردات وهو منها

قال فى الفروع : وهو ظاهر .

وقال أيضاً : وظاهر رواية ابن منصور ، ومثنى : تجب الإجابة .

قال الزركشى : لو قيل بالوجوب ، لكان متجهاً

وكره الشيخ عبد القادر فى غنية حضور غير وليمة العرس إذا كانت كما وصف النبى صلى الله عليه وسلم « يمنعه الخجل ، ويحضرها اللعين » .

فائدة : قال القاضى فى آخر المجرد ، وابن عقيل ، والشيخ عبد القادر : يكره لأهل الفضل والعلم الإسراع إلى إجابة الطعام والتسامح . لأن فيه بذلة ودناءة وشرها ، لاسيما الحاكم .

قوله ﴿ وإن حضر ، وهو صائم صوما واجبا : لم يفطر ، وإن كان نفلا ، أو كان مفطرا استحب الأكل ﴾ .

الصحيح من المذهب : استحباب الأكل لمن صومه نفل أو هو مفطر . قاله القاضي . وصححه في النظم . وقدمه في المحرر ، والفروع ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وقيل : يستحب الأكل للصائم إن كان يجبر نقص دعائه ، وإلا كان إتمام الصوم أولى . وجزم به في رعاية الصغرى ، والوجيز . وهو ظاهر تعليل المصنف ، والشارح .

وقيل : نصه « يدعو » وينصرف .

وقال في الواضح : ظاهر الحديث وجوب الأكل للمفطر .

وفي مناظرات ابن عقيل : لو غمس إصبعه في ماء ومصها : حصل به إرضاء الشارع ، وإزالة المأثم بإجماعنا ، ومثله : لا يعد إجابة عرفاً ، بل استجداد بالداعي

فائدة : في جواز الأكل من مال من في ماله حرام أقوال .

أحدها : التحريم مطلقاً . قطع به ولد الشيرازي في المنتخب . قيل باب الصيد .

قال الأزجي في نهايته : هذا قياس المذهب ، كما قلنا في اشتباه الأواني الطاهرة بالنجسة . وهو ظاهر تعليل القاضي . وقدمه أبو الخطاب في الانتصار .

قال ابن عقيل في فنونه - في مسألة اشتباه الأواني - وقد قال الإمام أحمد رحمه الله : لا ينبغي أن يأكل منه

وسأله المروزي عن الذي يعمل طعاماً يأكل عنده ؟ قال : لا

قلت في الرعاية الكبرى - في آدابها - ولا يأكل مختلط بحرام إلا ضرورة

والقول الثاني : إن زاد الحرام على الثلث : حرم الأكل ، وإلا فلا

قدمه في الرعاية . لأن الثلث ضابط في مواضع

والقول الثالث : إن كان الحرام أكثر : حرم الأكل ، وإلا فلا . إقامة للأكثر مقام الكل . قطع به ابن الجوزي في المنهاج .

نقل الأثرم وغير واحد عن الإمام أحمد رحمه الله - فيمن ورث مالاً فيه حرام -

إن عرف شيئاً بعينه : رده . وإن كان الغالب على ماله الفساد : تنزه عنه ، أو نحو هذا

ونقل حرب — في الرجل يخلف مالا — إن كان غالبه نهباً أو ربا ، ينبغي لورثته أن يتنزه عنه . إلا أن يكون يسيراً لا يعرف

ونقل عنه أيضاً . هل للرجل أن يطلب من ورثة إنسان مالا مضاربة ينفعهم وينتفع ؟ .

قال . إن كان غالبه الحرام فلا

والقول الرابع : عدم التحريم مطلقاً . قلَّ الحرام أو كثر ، لكن يكره ويقوى الكراهة ويضعف بحسب كثرة الحرام وقلته . جزم به في المغني ، والشرح . وقاله ابن عقيل في فصوله ، وغيره . وقدمه الأرجي وغيره

قلت : وهو المذهب على ما اصطلحناه في الخطبة .

وأطلقهن في الفروع ، في باب صدقة التطوع ، والآداب الكبرى ، والقواعد الأصولية .

قال في الفروع : ويبتني على هذا الخلاف : حكم معاملته ، وقبول صدقته وهبته ، وإجابة دعوته ، ونحو ذلك .

وإن لم يعلم أن في المال حراماً : فالأصل الإباحة ، ولا تحريم بالاحتمال .

وإن كان تركه أولى للشك .

وإن قوى سبب التحريم فظنه يتوجه فيه ، كآنية أهل الكتاب وطعامهم . انتهى .

قلت : لصواب الترك وأن ذلك يبنى على ما إذا تعارض الأصل والظاهر .

وله نظائر كثيرة

فوائد جمة

فى آداب الأكل والشرب وما يتعلق بهما

كره الإمام أحمد رحمه الله، أن يتعمد القوم - حين وضع الطعام - أن يفجأهم، وإن فجأهم بلا تعمد: أكل. نص عليه.

وأطلق فى المستوعب، وغيره: الكراهة إلا من عادته السماحة.

وكره الإمام أحمد رحمه الله الخبز الكبار. وقال: ليس فيه بركة.

وكره الإمام أحمد فى رواية منها. وضعه تحت القصعة لاستعماله له

وقال الآمدى: يحرم عليه ذلك. وأنه نص الإمام أحمد. وكرهه غيره، وكرهه الأصحاب فى الأولتين.

وحرم به فى المغنى فى الثانية.

ذكر ذلك كله فى الفروع فى باب الأطعمة

ويحرم عليه أخذ شىء من الطعام من غير إذن ربه. فإن علم بقرينة رضا مالكه، فقال فى الترغيب: يكره.

وقال فى الفروع: يتوجه أنه يباح. وأنه يكره مع ظنه رضاه.

وقال فى الرعاية الكبرى: له أخذ ما علم رضى ربه به، وإطعام الحاضرين معه وإلا فلا.

وأتى: هل له أن يلقم غيره؟ وما يشابهه.

وأتى أيضاً فى كلام المصنف: تحريم الأكل من غير إذن ولا قرينة، وأن الدعاء إلى الوليمة إذن فى الأكل.

ويغسل يديه قبل الطعام وحده. على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب

وعنه: يكره قبله. اختاره القاضى. قاله فى الفروع. قال: وأطلق جماعة رواية الكراهة

قلت : قال في المستوعب وغيره : وعنه يكره . اختاره القاضي

وقال ابن الجوزي في المذهب . يستحب غسل يديه بعد الطعام إذا كان له غمر . انتهى .

ولا يكره غسله في الإناء الذي أكل فيه . نص عليه . وعليه الأصحاب .

ويكره الغسل بطعام . ولا بأس بنخالة . نص عليه .

قال بعضهم : يكره بدقيق حمص وعدس وباقلاء ونحوه .

وقال في الآداب : ويتوجه تحريم الغسل بمطعوم . كما هو ظاهر تعليل الشيخ تقي الدين رحمه الله

وقال المصنف ، والشارح : لما أمر الشارع — عليه أفضل الصلاة والسلام — المرأة أن تجعل مع الماء ملحاً ، ثم تغسل به الدم عن حقيبته صلى الله عليه وسلم ، والملح طعام . ففي معناه ما يشبهه . انتهى

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : كلام أبي محمد يقتضي جواز غسلها بالمطعوم وهو خلاف المشهور .

وجزم الناظم بجواز غسل يديه بالملح . وهو قول في الرعاية

وقال إسحاق : تعشيت مع أبي عبد الله مرة . فجعل يأكل ، وربما مسح يديه عند كل لقمة بمنديل .

ويتمضمض من شرب اللبن . ويلعق قبل الغسل أو المسح أصابعه ، أو يُلعِقها .

ويعرض رب الطعام الماء لغسلهما . ويقدمه بقرب طعامه . ولا يعرض الطعام .

ذكره في التبصرة ، وغيرها . واقتصر عليه في الفروع .

ويسن أن يصغر اللقمة . ويجيد المضغ . ويطيل البلع .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : إلا أن يكون هناك ما هو أهم من الإطالة .

وذكر بعض الأصحاب : استحباب تصغير الكسر . انتهى .

ولا يأكل لقمة حتى يبلع ما قبلها .

وقال ابن أبي موسى ، وابن الجوزي : ولا يمد يده إلى أخرى ، حتى يقطع الأولى . وكذا قال في الترغيب ، وغيره

ويسوى بأكله وشربه التقوى على الطاعة

ويبدأ بهما الأكبر والأعلم . حرم به في الرعاية الكبرى وقدمه في الآداب الكبرى

وقال الناظم في آدابه :

ويكره سبق القوم للأكل نهمة ولكن رب البيت إن شاء يبتدي

وإذا أكل معه ضرير : أطعمه مما بين يديه .

وتستحب التسمية عليهما ، والأكل باليمين .

ويكره ترك التسمية والأكل بشماله ، إلا من ضرورة على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وذكره النووي في الشرب إجماعا .

وقيل : يحرم اختاره ابن أبي موسى

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ينبغي أن يقول بوجوب الاستنجاء باليسرى ومس الفرج بها . لأن النهي في كليهما .

وقال ابن البنا ، قال بعض أصحابنا : في الأكل أربع فرائض : أكل الحلال والرضا بما قسم الله والتسمية على الطعام والشكر لله عز وجل على ذلك

وإن نسي التسمية في أوله قال : إذا ذكر « بسم الله أوله وآخره » .

وقال في الفروع ، قال الأصحاب : يقول « بسم الله »

وفي الظهر « فليقل : بسم الله أوله وآخره »

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لو زاد « الرحمن الرحيم » عند الأكل لكان حسنا[1] فإنه أكمل بخلاف الذبح فإنه قد قيل لا يناسب ذلك . انتهى

---

(١) لو كان فيها مأثور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وإلا فالظاهر : أن البسملة لأوائل السور . والله أعلم .

ويسمى المميز ويسمى من لا عقل له ولا تمييز غيره . قاله بعضهم إن شرع الحد عنه .

ويسمى المسمى : أن يجهر بها قاله فى الآداب ليسمه غيره عنها

ويحمد الله إذا فرغ ، ويقول : ماورد .

وقيل : يجب الحمد وقيل : يحمد الشارب كل مرة .

وقال السامرى : يسمى الشارب عند كل ابتداء ، ويحمد عند كل قطع

قال فى الآداب وقد يقال مثله فى أكل كل لقمة وهو ظاهر ماروى عن الإمام أحمد رحمه الله

نقل ابن هانىء : أنه جعل عند كل لقمة : يسمى ويحمد .

وقال : أكل وحمد خير من أكل وصمت

ويمسح الصحفة ، وأكل ما حاذاه . والأكل عند حضور رب الطعام وإذنه ويأكل بثلاث أصابع ويكره بإصبع لأنه مقت ، وبإصبعين ، لأنه كبر ، وبأربع وخمس ، لأنه شره .

قال فى الآداب والمراد بالمعدول - عادة وعرفا - بإصبع أو إصبعين فيما العرف يقتضيه

ويسن أن يأكل مما يليه مطلقا . على الصحيح من المذهب .

قال جماعة من الأصحاب - منهم القاضى ، وابن عقيل ، وابن حمدان فى الرعاية ، وغيرهم - : إذا كان الطعام لونا أو نوعا واحداً

وقال الآمدى : لا بأس بأكله - من غير ما يليه - إذا كان وحده قاله فى الفروع .

وقال فى الآداب : نقل الآمدى عن ابن حامد ، أنه قال : إذا كان مع جماعة أكل مما يليه وإن كان وحده فلا بأس أن يحول يده انتهى .

قلت : وظاهر كلامهم : أن الفاكهة كغيرها .

وكلام القاضى ـ ومن تابعه ـ محتمل الفرق .

ويؤيده حديث عكراش بن ذؤيب رضى الله عنه[1] . لكن فيه مقال . انتهى .

ويكره الأكل من أعلى القصعة ، وأوسطها .

قال ابن عقيل : وكذلك المكيل .

وقال ابن حامد : يسن أن يخلع نعليه .

ويكره نفخ الطعام . على الصحيح من المذهب .

زاد فى الرعاية ، والآداب ، وغيرها : والشراب .

وقال فى المستوعب النفخ فى الطعام والشراب والكتاب منهى عنه .

وقال الآمدى : لا يكره النفخ فى الطعام إذا كان حاراً

قلت : وهو الصواب إن كان ثم حاجة إلى الأكل حينئذ

ويكره أكل الطعام الحار

قلت : عند عدم الحاجة

ويكره فعل ما يستقذره من غيره

وكذا يكره الكلام بما يستهجن ، أو مما يضحكهم ، أو يجرئهم قاله الشيخ عبد القادر فى المنية

وكره الإمام أحمد رحمه الله الأكل متكئاً

قال الشيخ عبد القادر فى المنية : وعلى الطريق أيضاً .

ويكره أيضاً الأكل مضطجعاً ومسطحاً قاله فى المستوعب وغيره

---

(١) روى ابن ماجة عن عكراش بن ذؤيب قال « أتى النبى صلى الله عليه وسلم بحفنة كثيرة الثريد والودك . فأقبلنا نأكل . فخبطت يدى فى نواحيها . فقال : يا عكراش ، كل من موضع واحد . ثم أتينا بطبق فيه ألوان من الرطب . فمالت يد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الطبق ، وقال : يا عكراش ، كل من حيث شئت . فانه غير لون واحد »

ويسن أن يجلس للأكل على رجله اليسرى ، وينصب اليمنى ، أو يتربع .
قاله فى الرعاية الكبرى ، وغيره

وذكر ابن البنا : أن من آداب الأكل : أن يجلس مفترشاً . وإن تربع فلا بأس . انتهى

وذكر فى المستوعب ، من آداب الأكل : أن أكل مطمئناً كذا قال

ويكره عيب الطعام . على الصحيح من المذهب .

وقال الشيخ عبد القادر فى العمدة : يحرم .

ويكره قرانه فى التمر مطلقاً . على الصحيح من المذهب

قدمه الناظم فى آدابه ، وابن حمدان فى آدابه الرعايتين ، وابن مفلح فى آدابه .

وقيل : يكره مع شريك ، لا بأس

قال فى الرعاية : لا وحده ، ولا مع أهله ، ولا من أصحبهم ذلك .

وأطلقهما ابن مفلح فى الفروع

وقال أبو الفرج الشيرازى ، فى كتابه أصول الفقه : لا يكره القران

وقال ابن عقيل فى الواضح : الأولى تركه

قال صاحب الترغيب ، والشيخ تقى الدين رحمه الله : ومثله بالعادة جارية بتناوله وله أفراد

وكذا قال الناظم فى آدابه . وهو الصواب

وله قطع اللحم بالسكين والنهى عنه لا يصح قاله الإمام أحمد رحمه الله

والسنة . أن يكون ليطن أثلاثاً ثلث للطعام ، وثلث للشراب ، وثلث للنفس .

ويجوز أكله كثيراً بحيث لا يؤذيه قاله فى الترغيب

وقيل فى الفروع وهو مراد من أطلق

وقيل فى المستوعب ، وغيره : ولو أكل كثيراً لم يكن به بأس .

وذكر الناظم : أنه لا بأس بالشبع ، وأنه يكره الإسراف .

وقال فى العمدة : يكره الأكل كثيراً مع خوف تخمة .

وكره الشيخ تقى الدين أكله حتى يتخم وحرمه أيضاً

قلت وهو الصواب

وحرم أيضاً : الإسراف . وهو مجاوزة الحد .

ويأتى فى الأطعمة كراهة إدمان أكل اللحم .

ولا يقلل من الأكل بحيث يضره ذلك

وليس من السنة ترك أكل الطيبات[1]

ولا يكره الشرب قائماً . على الصحيح من المذهب

وفعله الجماعة ، وعليه أكثر الأصحاب

وعنه : يكره وحرمه فى الإرشاد واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله

قال صاحب الفروع : وظاهر كلامهم : لا يكره أكله قائماً وتوجه أنه كالشرب . وقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله

قلت : إن قلنا : إن الكراهة فى الشرب قائماً لما يحصل له من الضرر ، ولم يحصل مثل ذلك فى الأكل : امتنع إلحاق

وكره الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ الشرب من فم السقاء ، واختناث الأسقية ، وهو ثنيها

ويكره أيضاً الشرب من ثلمة الإناء .

وقال فى المستوعب : ولا يشرب محاذياً العروة ، ويشرب مما يليها .

وظاهر كلام الأصحاب : أنهما سواء وحمله فى الآداب على أن العروة متصلة برأس الإناء .

وإذا شرب ناول لإنائه الأيمن .

وقال فى الترغيب : وكذا غسل يده .

---

(١) بل هو مخالفة للسنة .

وقال ابن أبي المجد : وكذا في رش ماء الورد .

وقال في الفروع : وما جرت العادة به ، كطعام سائل ، ومسور ، وتلقيم ، وتقديم : يحتمل كلامه وجهين قال : وجواز أظهر .

وقال في آدابه : الأولى جوازه .

وقال في الرعاية الكبرى : ولا يلقم جليسه ، ولا يمسح له إلا بإذن رب الطعام .

وقال الشيخ عبد القادر : يكره أن يلقم من حضر معه ، لأنه يأكل [و يتلف بأكله][1] على مالك صاحبه على وجه الإباحة .

وقال بعض الأصحاب : من الآداب أن لا يلقم أحداً يأكل معه إلا بإذن مالك الطعام .

قال في الآداب : وهذا يدل على جواز ذلك ، عملاً بالعادة والعرف في ذلك لكن الأدب والأولى : الكف عن ذلك ، لما فيه من إساءة الأدب على صاحبه والإقدام على طعامه ببعض التصرف من غير إذن صريح .

وفي معنى ذلك : تقديم بعض الضيفان ما لديه ، ونقله إلى البعض الآخر ، لكن لا يدعى فعل ذلك أن يسقط حق جليسه من ذلك .

والقرينة تقوم مقام الإذن في ذلك .

وتقدم كلامه في الفروع .

وقال في الفنون : كنت أقول : لا يجوز للقوم أن يقدم بعضهم لبعض ، ولا لسور ، حتى وجدت في صحيح البخاري حديث أنس في الذباب . انتهى .

وليس أن يبعض طرفه عن جليسه .

قال الشيخ عبد القادر : من الآداب : أن لا يكثر النظر إلى وجوه الآكلين . انتهى .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

ويسن أن يؤثر على نفسه .

قال فى الرعاية الكبرى ، والآداب : ويأكل ويشرب مع أبناء الدنيا بالأدب والمروءة ، ومع الفقراء بالإيثار ، ومع الإخوان بالانبساط ، ومع العلماء بالتعلم .

وقال الإمام أحمد : يأكل بالسرور مع الإخوان ، وبالإيثار مع الفقراء ، وبالمروءة مع أبناء الدنيا . انتهى

ويسن أن يخلل أسنانه إن علق بها شىء .

وقال فى المستوعب : روى عن ابن عمر « تركُ الخلال يورث الأسنان » .

وذكره بعضهم مرفوعاً

قال العلم . ويلقى ما أخرجه الخلال ، ولا يبتلعه ، للخبر

ويسن الشرب ثلاثاً . ويتنفس دون الإناء ثلاثاً . فإن تنفس فيه كره .

ولا يشرب فى أثناء الطعام . فإنه مضر ، ما لم يكن عادة .

ويسن أن يجلس غلامه معه على الطعام . وإن لم يجلسه أطعمه

ويسن لمن أكل مع الجماعة أن لا يرفع يده قبلهم ، متى توجد قرينة

وتكره مدح طعامه وتقويمه . على الصحيح من المذهب

وقال الشيخ عبدالقادر فى الغنية : يحرم عليه ذلك

وقال الآمدى : السنة أن يأكل بيده ، ولا يأكل بلعقة ، ولا غيره

ومن أكل بملعقة أو غيرها . أكل بمستحب انتهى

وقال الشيخ عبد القادر : ويستحب أن يبدأ بالملح ، ويختم به .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : زاد الملح .

ويكره إخراج شىء من فيه ، ورده فى القصعة

ولا يمسح يده بالخبز ، ولا يستبدله . ولا يخلط طعاماً بطعام قاله الشيخ عبد القادر

ويستحب لصاحب الطعام ، أن يباسط الإخوان بالحديث الطيب ، والحكايات التي تليق بالحالة إذا كانوا منقبضين .

وقد كان الإمام أحمد رحمه الله يباسط من يأكل معه

وذكر ابن الجوزي : أن من آداب الأكل - أن لا يسكتوا على الطعام ، بل يتكلمون بالمعروف . ويتكلمون بحكايات الصالحين في الأطعمة انتهى .

ولا يتصنع بالاقتراص . وإذا أخرج من فيه شيئا ليرمي به : صرف وجهه عن الطعام ، وأخذه بيساره .

قال : ويستحب تقديم الطعام إليهم ويقدم ما حضر من غير تكلف . ولا يستأذنهم في التقديم . انتهى .

قال في الآداب : كذا قال .

وقال ابن الجوزي أيضاً : ولا يكثر النظر إلى المكان الذي يخرج منه الطعام فإنه دليل على الشره .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : إذا دعي إلى أكل : دخل إلى بيته ، فأكل ما تكسر شهوته قبل ذهابه

وقال ابن الجوزي : ومن آداب الأكل : أن لا يجمع بين التوى والتمر ، في طبق واحد ولا يجمعه في كفه ، بل يضعه من فيه على ظهر كفه .

وكذا كل ما فيه عجم ، وفعل وهو معنى كلام الآمدي .

وقال أبو بكر بن حماد : رأيت الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ يأكل التمر ، ويأخذ النوى على ظهر إصبعيه السبابة والوسطى .

ورأيته يكره أن يجعل النوى مع التمر في شيء واحد .

ويرغب الطعام أن يخص بعض الصبيان بشيء طيب ، إذا لم يتأذ غيره .

ويستحب للضيف أن يُفضل شيئاً ، لا سيما إن كان ممن تبرك بفضلته[1] ، أو كان ثم حاجة .

---

(١) البركة من الله ، لا من الخلق .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والشيخ تقي الدين : أن الخبز لا يُقبَّل ، ولا بأس بالمشاهدة

قال أبو داود : لا بأس أن يتشاهد في الطعام ويتصدق منه . لم يزل الناس يفعلون هذا

قال في الفروع : وتتوجه رواية : لا يتصدق بلا إذن ونحوه . انتهى .

ومعنى « التهدية » أن يخرج كل واحد من الرفقة شيئاً من النفقة ، ويدفعونه إلى رجل ينفق عليهم منه ، وإن أكل بعضهم أكثر من بعض : فلا بأس

قوله (فَإِنْ دَعَاهُ اثْنَانِ : أَجَابَ أَسْبَقَهُمَا) .

وهذا بلا خلاف أعلمه . لكن هل السبق بالقول — وهو الصواب — أو بقرب الباب ؟ فيه وجهان .

قال في الفروع : وحكي ، هل السبق بالقول أو بالباب ؟ فيه وجهان . انتهى

قلت : ظاهر كلام الأصحاب : أن السبق بالقول ، وهو كالصريح في كلام المصنف ، وغيره . خصوصاً : المقنع ، والشرح

فإن استويا في السبق : قطع المصنف هنا بتقديم الأدين . ثم لأقرب جواراً وقاله في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والهادي

وقال في الخلاصة ، والكافي ، ونهاية ابن رزين : فإن استويا : أجاب أقربهما باباً

زاد في الخلاصة : ويقدم إجابة الفقير منهما

وزاد في الكافي : فإن استويا أجاب أقربهما رحماً ، فإن استويا ، أجاب أدينهما ، فإن استووا أقرع بينهم

وكذا قال في المغني ، والشرح

وقال في المحرر: ومن دعاه اثنان قدم أسبقهما ثم إن أتيا معاً، قدم أدينهما ثم أقربهما رحماً ثم جواراً، ثم بالقرعة

وجزم به في النظم، والوجيز، والحاوي الصغير، وتذكرة ابن عبدوس، وغيرهم وقدمه في الرعايتين

وقال في تجريد العناية: ويقدم أسبق ثم أدين ثم أقرب جواراً ثم رحماً وقيل: عكسه ثم فارع

وقال في الفصول: يقدم السابق فإن لم يسبق أحدهما الآخر، فقال أصحابنا: ينظر أقربهما داراً، فيقدم في الإجابة.

وقيل: الأدين بعد الأقرب جواراً.

وقال في البلغة: فإن جاءا معاً: أجاب أقربهما جواراً فإن استويا: قدم أدينهما

قوله ﴿ وإنْ عَلِمَ أنَّ فِي الدَّعْوةِ مُنْكَرًا ـ كالزَّمْرِ، والخَمْرِ ـ وأمْكَنَهُ الإنْكارُ: حضر، وأنْكر، وإلَّا لَمْ يَحْضُرْ ﴾ بلا نزاع ﴿ وإنْ حَضَرَ وشاهَدَ المُنْكَرَ: أزالَهُ وجلس فإنْ لَمْ يَقْدِرْ: انْصرف ﴾ بلا خلاف

قوله ﴿ وإنْ عَلِمَ بِهِ، ولَمْ يَرَهُ ولَمْ يَسْمَعْهُ: فَلَهُ الجُلُوسُ ﴾

ظاهره: الخيرة بين الجلوس وعدمه. وهو المذهب

قال الإمام أحمد رحمه الله: لا بأس به

وجزم به في المحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، والوجيز، وغيرهم وقدمه في الفروع.

قال الناظم: إن شاء جلس ولكن عنهم البعد أجود.

وقال الإمام أحمد رحمه الله: لا ينصرف

وحرم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسوك الذهب ، والمستوعب .

قوله ﴿ وَإِنْ شَاهَدَ سُتُورًا مُعَلَّقَةً فِيهَا صُوَرُ الْحَيَوَانِ . لَمْ يَجْلِسْ إِلَّا أَنْ تُزَالَ ﴾

هكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسوك الذهب ، والمستوعب ، والرعايتين والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : وفى تحريم لبثه فى منزل فيه صورة حيوان على وجه محرم : وجهان . والمذهب : لا يحرم .

وهو ظاهر ما قطع به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم وتقدم فى ستر العورة « هل يحرم ذلك ، أم لا ؟ » .

فائدة : إذا عم به قبل الدخول ، فهل يحرم الدخول ، أم لا ؟ فيه الوجهان المتقدمان . وأطلقهما فى الفروع

وحرم فى المغنى ، والشرح : أنه لا يحرم الدخول . وهو المذهب .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ مَبْسُوطَةً ، أَوْ عَلَى وِسَادَةٍ : فَلَا بَأْسَ بِهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال فى الإرشاد : الصور والتماثيل مكروهة عند الإمام أحمد رحمه الله ، إلا فى الأسرة والخد .

وتقدم ذلك أيضاً فى باب ستر العورة

فائدة : يحرم تعليق ما فيه صورة حيوان ، وستر الجدر به ، وتصويره .

وقيل : لا يحرم . وذكره ابن عقيل ، والشيخ تقى الدين رحمه الله رواية . كافترشه ، وجعله مخدًا

وتقدم بعض ذلك فى ستر العورة .

قوله ﴿ وَإِنْ سُتِرَتْ الْحِيطَانُ بِسُتُورٍ لَا صُوَرَ فِيهَا ، أَوْ فِيهَا صُوَرُ غَيْرِ الْحَيَوَانِ فَهَلْ تُبَاحُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

مراده : إذا كانت غير حرير

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والفروع .

إحداهما : يكره ، وهو الصحيح من المذهب صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر ، واختاره المصنف .

وجزم به فى المغنى ، والشرح فى موضع ، والوجيز ، وشرح ابن رزين .

وقدمه فى الحاوى الصغير .

والرواية الثانية : يحرم .

وقال فى الخلاصة : وإذا حضر ، فرأى ستوراً معلقة لا صور عليها ، فهل يجلس ؟ فيه روايتان أصلهما : هل هو حرام ، أو مكروه ؟

تنبيهان

أحدهما : محل الخلاف : إذا لم تكن حاجة . فأما إن دعت الحاجة إليه — من حر ، أو برد — فلا بأس به .

ذكره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وهو واضح

الثانى : ظاهر قوله « فهل يباح ؟ » أن الخلاف فى الإباحة وعدمها . وليس الأمر كذلك ، وإنما الخلاف فى الكراهة والتحريم . فمراده بالإباحة : الجواز الذى هو ضد التحريم

فعلى القول بالتحريم : يكون وجود ذلك عذراً فى ترك الإجابة

وعلى القول بالكراهة : يكون أيضاً عذراً فى تركها . على الصحيح من المذهب

جزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الرعاية .

وقيل : لايكون عذراً . وهو ظاهر كلامه فى الخلاصة المتقدم

قلت : وهو الصواب .

والواجب لا يترك لذلك . وأطلقهما فى الفروع .

ونقل ابن هانىء وغيره : كل ما كان فيه شىء من رى الأعاجم وشبهه . فلا يدخل

ونقل ابن منصور : لابأس أن لايدخل . قال . لا كريحان منصد .

وذكر ابن عقيل : أن النهى عن النشء بالمعجم للتحريم .

ونقل حنبل : لايشهد عرساً فيه طبل ، أو مخنث ، أو غناء ، أو تستر الحيطان . ويحرج لصورة على الجدار

ونقل الأثرم ، والفضل . لا لصورة على ستر ، لم يستر به الجدار

قوله ﴿ ولا يُبَاحُ الأَكْلُ بِغَيْرِ إِذْنٍ ، أَوْ مَايَقُومُ مَقَامَهَا ﴾ بلا نزاع فيحرم أكله بلا إذن صريح ، أو قرينة ، ولو من بيت قريبه أو صديقه ، ولم يحرره عنه . على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع ، وغيره

ونقله ابن الفاسم ، وابن المنذر وحرم به القاضى فى الجامع

وظاهر كلام ابن الجوزى ، وغيره يجوز أكله من بيت قريبه وصديقه ، إذا لم يحرره واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله

قال فى الفروع : وهو أظهر . وقدمه فى آدابه . وقال : هذا هو المتوجه

ويحمل كلام الإمام أحمد رحمه الله : على الشك فى رضاه ، أو على الورع . انتهى

وحرم القاضى فى المجرد ، ومن عمل فى الفصول ـ فى آخر الغصب ، فيمن يكتب من محبرة غيره ـ يجوز فى حق من بسط إليه ، ويأذن له عرفا

قوله (وَالدُّعَاءُ إِلَى الْوَلِيمَةِ . إِذْنٌ فِيهِ) .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وكذا تقديم الطعام إليه بطريق أولى .

وقال الشيخ عبد القادر في العية : لا يحتاج بعد تقديم الطعام إذناً إذا جرت العادة في ذلك البلد بالأكل بذلك فيكون العرف إذناً

وقد تقدم . أن مسنون الأكل عند حضور رب الطعام وإذنه .

وتقدم جملة صالحة في آداب الأكل والشرب

فائدتان

إحداهما : قال في الدروع . ظاهر كلام الأصحاب : أن الدعاء ليس إذناً في الدخول

وقال المصنف ، والشارح : هو إذن فيه

وقدمه في الآداب . ونسبه إلى المصنف وغيره

قلت : إن دلت قرينة عليه كان إذناً وإلا فلا

الثانية : قال المجد : مذهبنا لا يملك الطعام الذي قدم إليه ، بل يملك بالأكل على ملك صاحبه

قال في القاعدة السادسة والسبعين : أكل الضيف إباحة بحصة لا يحصل الملك به بحال . على المشهور عندنا . انتهى .

قال المصنف في المغني ـ في مسألة غير مأذون له : هل له الصدقة من قوته ؟ ـ الضيف لا يملك الصدقة بما أذن له في أكله ؟

وقال ابن حامد لا يهبه ، وتصدقه ، بحيث لأنه لم يملكه شيئاً وإنما أبيح له الأكل وهذا لم يملك التصرف فيه بغير إذنه انتهى

قلت فيحرم عليه تصرفه فيه بذلك

قال الشيخ عبد القادر ، والشيخ تقي الدين أيضاً : يأكل الضيف على ملك صاحب الطعام على وجه الإباحة وليس ذلك تمليك انتهى

قال في الآداب : مقتضى تعليله في المعنى : التحريم

قلت : والأمر كذلك

قال في الانتصار ، وغيره : لو قدم لضيفه طعاماً لم يحرم قسمته لأنه إباحة . نقله عنهم في الفروع في آخر الأطعمة .

وقال في القواعد : وعن الإمام أحمد رحمه الله رواية بتحريم الطعام في الكفارات ، وتنزل على أحد قولين .

وهما : أن الضيف يملك ما قدم إليه ، وإن كان ملكا خاصاً بالنسبة إلى الأكل .

وإما أن الكفارة لا يشترط فيها تمليك انتهى .

وقال في الآداب : ووجهت رواية الجواز — في مسألة صدقة غير المأذون له — بأنه مما جرت العادة بالمسامحة فيه والإذن عرفاً ، فجاز . كصدقة المرأة من بيت زوجها .

قال : وهذا التعليل جار في مسألتي الضيف انتهى

وللشافعية فيها أربعة أقوال : يملكه بالأخذ ، أو بمضوله في الفم ، أو بالبلع ، أو لا يملكه بحال ، كذهبنا .

قوله ﴿ وَالثِّمَارُ ، وَالْتَقَاطُهُ : مَكْرُوهَانِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضي ، وأبو الخطاب ، والشريف في خلافيهما ، والشيرازي . وقصره المصنف ، والشارح .

قال الناظم : هذا أولى .

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب .

وجزم به الخرقي ، وصاحب الإفصاح ، والوجيز ، وذكره ابن عبدوس ، والمنور ، والمنتخب ، وغيرهم

وقدمه في المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وإدراك الغاية ، وتجريد العناية ، وغيرهم

وعنه : إباحتهما اختاره أبو بكر كالمضحي يقول « من شاء اقتطع »

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والكافي ، والبلغة

وقيل : يكره في العرس دون غيره

وعنه : لا يعجبني هذا النهبة ، لا يأكله ولا يؤكله لغيره

وعنه : أنه يحرم كقول الإمام والأمير في الغزو وفي الغنيمة « من أخذ شيئاً فهو له » ونحوه

قوله ﴿ ومَنْ حصَلَ في حِجْرِهِ شيءٌ مِنْهُ فهُوَ لَهُ ﴾

وكذا من أخذ شيئاً منه فهو له . وهذا المذهب فيهما مطلقاً جزم به في الخلاصة ، والكافي ، والمغني ، والبلغة ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه في النظم ، وقدمه في الشرح ، والفروع

وقيل : لا يملكه إلا بالقصد

وأطلقهما في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

فائدة : يجوز للمسافرين خلط أزوادهم ليأكلوا جميعاً ، وهو النهد ، على ما تقدم .

قوله ﴿ ويُسْتَحَبُّ إعْلانُ النِّكاحِ والضَّرْبُ عَلَيْهِ بِالدُّفِّ ﴾ .

إعلان النكاح مستحب ، بلا نزاع .

وكذا يستحب الضرب عليه بالدف نص عليه وعليه الأصحاب

واستحب الإمام أحمد رحمه الله أيضاً : الصَّوْتَ في العرس

ونقل حنبل : لا بأس بالصوت والدف فيه .

قال في الرعاية — في باب نفية من تصح شهادته — ويباح الدف في العرس انتهى

تنبيه : ظاهر قوله « والضرب عليه بالدف » أنه سواء كان الضارب رجلا ، أو امرأة .

قال فى الفروع : وظاهر نصوصه ، وكلام الأصحاب : التسوية

قيل له — فى رواية المروذى — ما ترى الناس اليوم ، تحرك الدف فى إملاك ، أو ختان ، بلا عود ؟ لم يكره ذلك

وقيل له — فى رواية جعفر — يكون فيه حرس ؟ قال : لا .

وقال المصنف : ضرب الدف مخصوص بالنساء

قال فى الرعاية : ويكره للرجال مطلقا

فائدتان

إحداهما : ضرب الدف فى نحو العرس — كالختان ، وقدوم الغائب ونحوهما — كالعرس . نص عليه وقدمه فى الفروع

وقيل : يكره

قال المصنف ، وغيره : أصحابنا كرهوا الدف فى غير العرس

وكرهه القاضى ، وغيره : فى غير عرس وختان .

ويكره لرجل . للمشبه .

قال فى الرعاية ، وقيل . مع فى الختان .

وقال : وكل سرور حادث

الثانية . يحرم كل ملهاة ، سوى الدف — كرما ، وطنبور ، وبربط ، وجنك ، وناى ، ومعزفة ، وسرنای — نص على ذلك كله

وكذا الجغانة ، والعود .

قال فى المستوعب ، والترغيب : سواء استعملت لحزن ، أو سرور

وسأله ابن الحكم عن النفخ فى القصبة كالمزمار ؟ فقال : أكرهه .

وفي تحريم الضرب بالقضيب وجهان . وأطلقهما في الفروع

وقدم في الرعايتين والحاوي الصغير الكراهة .

وقال في المغني : لا يكره إلا مع تصفيق ، أو غناء أو رقص ، ونحوه .

وجزم ابن عبدوس - في تذكرته - بالتحريم

وكره الإمام أحمد رحمه الله : الطبل لغير حرب ، ونحوه

واستحبه ابن عقيل في الحرب . وقال : لتنهيض طباع الأولياء ، وكشف صدور الأعداء .

وكره الإمام أحمد - رحمه الله - التعبير ، ونهى عن استماعه . وقال : هو بدعة ومحدث [1]

ونقل أبو داود : لا يعجبني

ونقل يوسف : لا يستمعه ؟ قيل : هو بدعة . قال : حسبك .

قال في المستوعب : فقد منع الإمام أحمد رحمه الله من إطلاق اسم « البدعة » عليه ، ومن تحريمه لأنه كشعر ملحن ، كالحداء للإبل ، ونحوه [2]

---

(١) التعبير : رفع الصوفية أصواتهم - مع الترنيم والتطريب والرقص - بأشعار يزعمون أنها ترقق القلوب . قال الأزهري : وروينا عن الإمام الشافعي رحمه الله أنه قال : أرى الزنادقة وضعوا هذا التعبير ليصدوا عن ذكر الله وقراءة القرآن

(٢) ذكر الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية وابن الجوزي : أن التعبير بدعة . وذكرا ذلك عن الشافعي رضي الله عنه .

باب عشرة النساء

قوله ﴿ وَإِذَا تَمَّ الْعَقْدُ : وَجَبَ تَسْلِيمُ الْمَرْأَةِ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ إِذَا طَلَبَهَا . وَكَانَتْ حُرَّةً يُمْكِنُ الاسْتِمْتَاعُ بِهَا وَلَمْ تَشْتَرِطْ دَارَهَا ﴾

متى كان يمكن وطؤها ، وطلبها الزوج ، وكانت حرة : لزم تسليمها إليه على الصحيح من المذهب

جزم به في المذهب ، ومسبوك الذهب ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم واختاره المصنف ، وغيره

وقال الإمام أحمد رحمه الله . تكون بنت تسع سنين .

وجزم به في المحرر ، والنظم ، والمنور ، وجريد العناية ، وغيرهم

قال القاضي : هذا عندي ليس على سبيل التحديد والتضييق وإنما هو للغالب

فوائد

الأولى لو كانت صغيرة بصوة الخلقة ، وطلبها : لزم تسليمها فلو خشي عليها : استمتع منها ، كالاستمتاع من الحائض .

ولا يلزم تسليمها مع ما يمنع الاستمتاع بالكلية ، ويرجى زواله ، كإحرام ومرض وصغر ولو قال « لا أطأ » وفي الحائض احتمالان .

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والفروع

قلت : الصواب عدم لزوم التسليم بل لو قيل بالكراهة لاتجه أو ينظر إلى قرينة الحال

وجزم في المغني — في باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج — باللزوم وكذلك ابن رزين في شرحه ، والشارح في كتاب النفقات .

الثانية : تقبل قول امرأة ثقة في ضيق فرجها ، وقروح فيه ، وعياله ذكره — يعني ، كبره — ونحو ذلك . وتنظرهما وقت اجتماعهما للحاجة

ولو أنكر أن وطئه يؤذيها : لزمتها البينة

الثالثة : إذا امتنعت قبل المرض ، ثم حدث بها مرض : فلا نفقة لها

قوله ﴿ وإنْ سألتِ الإنظار : أُنظِرتْ مُدَّةً ، جَرَتِ العادةُ بإصْلاحِ أمْرِها فيها ﴾ .

قال في الفروع ، وغيره : لا لعمل حجها . وهذا هو المذهب . جزم به في المحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في الفروع

وقيل : تمهل ثلاثة أيام

وقال الشيخ عبد القادر في الغنية : إن استمهلت هي وأهلها ، استحب له إجابتهم ، ما لم يعلم به التهيؤ من شراء حجها وزين

قوله ﴿ وإنْ كانتْ أمةً : لمْ يجِبْ تسْليمُها إلاّ باللّيلِ ﴾ .

يعني مع الإطلاق . نص عليه

فلو شرطه نهاراً : وجب على السيد تسليمها ليلاً ونهاراً . وكذا لو بذله السيد بلا شرط عليه

ولو بذله السيد ، وكان قد شرطه لنفسه . فوجهان

وأطلقهما في المحرر ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والفروع ، والزركشي

أحدهما : يجب تسليمها . قدمه في الرعاية الكبرى . وصححه في تصحيح المحرر .

والثانية : لا يجب . ويأتي حكم نفقتها ، في كتاب النفقات

فائدتان

إحداهما : ليس لزوج الأمة السفر بها

وهل تملكه السيد بلا إذن الزوج ، سواء صحبه الزوج ، أو لا ؟ فيه وجهان .

وهما احتمالان في المغني ، والشرح

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، والمحرر

أحدهما : له ذلك من غير إذنه . على الصحيح . جزم به في المنور ، والمجرد للقاضي نقله المجد . وقدمه في [illegible]

والوجه الثاني : ليس له ذلك . صححه في تصحيح المحرر

قال المجد : جزم به القاضي في التعليق

وعليها ينبني : لو بوأها مسكناً ليأتيها الزوج فيه . هل يلزمه ؟ قاله في الترغيب

وأطلق في الرعايتين الوجهين إذا بذل السيد لها مسكناً ليأتيها الزوج فيه .

الثانية : قوله ﴿ وَلَهُ الاسْتِمْتَاعُ بِهَا ﴾ .

يعني : على أي صفة كانت إذا كان في القبل ، ولو من جهة عجيزتها ، عند أكثر الأصحاب وقطعوا به

وذكر ابن الجوزي في كتاب السر المصون : أن العلماء كرهوا الوطء بين الأليتين لأنه يدعو إلى الدبر وجزم به في الفصول .

قال في الفروع : كذا قالا

قوله ﴿ مَا لَمْ يَشْغَلْهَا عَنِ الْفَرَائِضِ ، مِنْ غَيْرِ إِضْرَارٍ بِهَا ﴾ .

بلا نزاع ولو كانت على التنور ، أو على ظهر قتب ، كما رواه الإمام أحمد رحمه الله ، وغيره[1]

(١) عن زيد بن أرقم رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم —

فائدة : قال أبو حفص ، والقاضي : إذا زاد الرجل على المرأة في الجماع ، صولح على شيء منه . وروى — بإسناده — عن ابن الزبير : أنه جعل الرجل أربعاً بالليل ، وأربعاً بالنهار .

وعن أنس بن مالك رضي الله عنه : أنه صالح رجلاً استعدى على امرأة على ستة .

قال القاضي : لأنه غير مقدر ، فقدّر كما أن النفقة حق لها غير مقدرة فيرجعان في التقدير إلى اجتهاد الحاكم .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : فإن تنازعا فينبغي أن يفرضه الحاكم ، كالنفقة ، وكوطئه إذا زاد . انتهى .

قلت : ظاهر كلام أكثر الأصحاب ، خلاف ذلك ، وأنه يطأ ما يشغلها عن الفرائض ، وما لم يضرها بذلك . وأتى كلام الناظم ، والشيخ تقي الدين رحمه الله عند وجوب الوطء .

تنبيه : قوله (وله السفر بها ، إلا أن تشترط بلدها)

مراده ، غير زوج الأمة كما تقدم قريباً .

قوله (ولا يجوز وطؤها في الحيض) بلا نزاع .

وتقدم حكم وطئها وهي مستحاضة ، في كتاب الحيض .

« المرأة لا تؤدي حق الله حتى تؤدي حق زوجها كله ، ولو سألها وهي على ظهر قتب لم تمنعه نفسها » رواه الطبراني بإسناد جيد . وعن طلق بن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا دعا الرجل زوجته لحاجته فلتأته ، وإن كانت على التنور » رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن ، والنسائي وابن حبان في صحيحه .

وفي النهاية لابن الأثير . وفي حديث عائشة « لا تمنع المرأة نفسها من زوجها ، وإن كانت على ظهر قتب » القتب للجمل كالإكاف لغيره .

قوله ﴿ ولا فِي الدُّبُرِ ﴾ .

وهذا أيضاً بلا نزاع بين الأئمة . ولو تطاوعا على ذلك : فرق بينهما .

ويُعَذَّرُ العالم بالتحريم منهما . ولو أكرهها الزوج عليه نهى عنه . فإن أبى فرق بينهما . ذكره ابن أبي موسى وغيره .

وتقدم في أواخر النكاح عند قوله « ولكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع البدن ولمسه » : « هل يجوز لها استدخال ذكر زوجها من غير إذنه وهو نائم ؟ »

قوله ﴿ ولا يَعْزِلُ عنِ الْحُرَّةِ إلاَّ بإذْنِهَا ، وَلا عَنِ الْأَمَةِ إلا بإذْنِ سَيِّدِهَا ﴾ .

وهذا هو المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به في البلغة ، والوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجي .

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع .

وصححه في المغني ، والشرح .

ومحل هذا : إذا لم يشترط حرية الأولاد . فأما إذا اشترط ذلك فله العزل بلا إذن سيد الأمة .

وقيل : لا يباح العزل مطلقاً . وقيل : يباح مطلقاً .

تنبيهان

أحدهما : ظاهر قوله « ولا عن الأمة إلا بإذن سيدها » أنه لا يعتبر إذنها هي . وهو صحيح ، وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه في الرعايتين ، والفروع .

وقيل : يشترط إذنها أيضاً . وهو احتمال في المغني ، والشرح .

قلت : وهو الصواب .

الثاني أفادنا المصنف ، رحمه الله بقوله « إلا بإذن سيدها » جواز عزل السيد عن سرية بغير إذنها ، وإن لم يجز له العزل عن زوجته الأمة إلا بإذنها . وهو المذهب وعليه الأصحاب

وقال ابن عقيل : يحتمل — من مذهبنا — أنه يعتبر إذنها .

قلت : وهو متجه لأن لها فيه حقاً

وذكر في الترغيب : هل يستأذن أم الولد في العزل ، أم لا ؟ على وجهين

قوله ﴿ وَلَهُ إِجْبَارُهَا عَلَى الْغُسْلِ مِنَ الْحَيْضِ وَالْجَنَابَةِ وَالنَّجَاسَةِ ، وَاجْتِنَابِ الْمُحَرَّمَاتِ ﴾

أما الحيض والجنابة إذا كانت دائمة ، واجتناب المحرمات : فله إجبارها على ذلك إذا كانت مسلمة رواية واحدة . وعليه الأصحاب

وعنه : لا تجبر على غسل الجنابة . ذكرها في الرعايتين ، والحاوي ، وغيرهم .

قلت : وهو بعيد جداً

وأما غسل النجاسة : فله أيضاً إجبارها عليه . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وفي المذهب رواية بملك إجبارها عليه .

قلت : وهو بعيد أيضاً .

قوله ﴿ إِلَّا الذِّمِّيَّةَ ، فَلَهُ إِجْبَارُهَا عَلَى غُسْلِ الْحَيْضِ ﴾

وكذا النفاس . وهذا الصحيح من المذهب . جزم به في المغني ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه في النظم ، وغيره .

وقدمه في الفروع ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وعنه : لا يملك إجبارها عليها : في وطئه بدون الغسل ، وجهان .

وأطلقهما في الفروع

قلت: الصواب الجواز، جزم به في المحرر، والنظم، والحاوي الصغير.

وقدمه في الرعايتين، فيعايى بها.

والوجه الثاني: لا يجوز.

قال في الرعاية الكبرى: وهو أصح، وهو ظاهر كلامه في المغني. فإنه قال: وللزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس، مسلمة كانت أو ذمية لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له.

فعلى المذهب في أصل المسألة - وهو إجبارها - في وجوب النية للغسل منه والتسمية، والتعميد به لو أسلمت: وجهان، وأطلقهما في الفروع

إحداهما: وجوب ذلك

والوجه الثاني: لا يجب ذلك

قال في الرعاية الكبرى - في باب «صفة الغسل» - وفي اعتبار التسمية في غسل الذمية من الحيض: وجهان، ويصح منها الغسل بلا نية، وخرج صحته. انتهى.

وقدم صحة الغسل بلا نية ابن تميم، والقواعد الأصولية.

قلت: الصواب ماقدمه، وأن التسمية لا تجب

وتقدم في أوائل الحيض شيء من ذلك، فليراجع.

وهل المنفصل من غسلها من الحيض والنفاس طاهر، لكونه أزال مانعًا، أو طهور، لأنه لم يقع قربة؟ فيه روايتان

وأطلقهما في المغني، والشرح، وابن عبيدان، والفروع، وكذلك صاحب الإفادات، والحاوي، وهما وجهان في الحاوي الكبير، ذكرهما في كتاب الطهارة

إحداهما: هو طاهر غير مطهر

قال فى نهاية الكبرى : الأولى حمله طاهراً غير طهور .

والثانية : هو طهور قدمه ابن تميم ، وابن رزين فى شرحه ، فى كتاب الطهارة .

وقيل : إن لزمها الغسل منه بطلب الزوج — قال فى رعاية قلت أو السيد — فطاهر وإن لم يطلبه أحدهما ، أو طلبه — وقلنا لا يجب — فطهور .

وأما المنفصل من عينها من الجنابة ، فالصحيح من المذهب أنه طهور قدمه فى الرعايتين ، والفروع

وصححه فى الخلاصة فى كتاب الطهارة

قال المصنف فى المغنى ، والشارح ، وابن عبيدان ، وابن رزين فى شرحه ، فى كتاب الطهارة : طهور قولاً واحداً

وقيل : طاهر وهو احتمال للمصنف

قال فى الرعاية وهو أولى ثم قال ، قلت : إن وجب غسلها منه فى وجه : فطاهر ، وإلا فهو طهور .

قوله (وفى سائر الأشياء روايتان)

يعنى : غير الحيض فى حق الذمية

فدخل فى هذا الخلاف الذى حكاه ، غسل الجنابة ، والنجاسة ، والمتنجسات المحرمات ، وأخذ الشعر الذى تعافه النفس وإنما الروايتان فى الجنابة

وفى أخذ الشعر والظفر : وجهان .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع .

أحدهما : له إجبارها على ذلك وهو الصحيح من المذهب صححه فى التصحيح

وصححه فى تصحيح المحرر ، فى الغسل

وجزم به فى الوجيز ، فى ذلك كله . وقدمه ابن رزين .

وقال فى الرعايتين : له إجبارها على غسل الخباثة ، على الأصح ، كالحيض والنفاس والجنابة ، وعلى ترك كل محرم ، وأخذ ما تعافه النفس من شعر وغيره

قال الناظم : هذه الرواية أشهر وأظهر .

وحرم به فى الحاوى الصغير فى غير غسل الجنابة . وأطلقهما فى غسل الجنابة .

قال المصنف ، والشارح : له إجبارها على إزالة شعر العانة إذا خرج عن العادة رواية واحدة . ذكره القاضى . وكذلك الأظفار انتهى .

والرواية الثانية : ليس له إجبارها على شىء من ذلك .

وقال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : إن طال الشعر والظفر : وجب إزالتهما ، وإلا فلا .

وقيل ، فى التنظيف ، والاستحداد : وجهان

فائدتان

إحداهما : فى منعها من أكل ما له رائحة كريهة — كالبصل ، والثوم ، والكراث ونحوها — وجهان . وقيل : روايتان . وخرجهما ابن عقيل

وأطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

أحدهما : تمنع . جزم به فى المنور ومنتخبه فى النظم ، وتصحيح المحرر . وقدمه ابن رزين فى شرحه

والوجه الثانى : لا تمنع من ذلك . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب

الثانية : تمنع الذمية من شرب الخمر مستكرا إلى أن تسكر . وليس له منعها من شربها منه مالا يسكرها على الصحيح من المذهب نص عليه .

وعنه تمنع منه مطلقا

وقال في الترغيب . ومثله أكل لحم حمير و [لا][1] تمنع من دخول بيعة ، وكنيسة

ولا تكره على الوطء في صومها ، نص عليه ولا يفسد صلاتها وسنتها .

قوله ﴿ وَلَهَا عَلَيْهِ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَهَا لَيْلَةً مِنْ أَرْبَعِ لَيَالٍ ﴾ .

وهو من مفردات المذهب

﴿ وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَمِنْ كُلِّ ثَمَانٍ ﴾

يعني إذا طلبتا ذلك منه لزم مبيت الزوج عند الأمة ليلة من كل ثمان ليال .

اختيار المصنف ، والشارح .

وجزم به في التبصرة ، والعمدة .

وقال أصحابنا : من كل سبع . وهو المذهب وعليه الأصحاب كما قاله المصنف

وقال القاضي ، وابن عقيل : يلزمه من البيتوتة ما يزول معه ضرر الوحشة ، ويحصل معه الأنس المقصود بالزوجية ، بلا توقيت . فيجتهد الحاكم .

قلت وهو الصواب .

وعنه لا يلزم المبيت إن لم يقصد تركه ضرراً

قوله ﴿ وَلَهُ الانْفِرَادُ بِنَفْسِهِ فِيمَا بَقِيَ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به في الفروع ، وغيره من الأصحاب

قال الإمام أحمد رحمه الله لا يبيت وحده ما أحب ذلك ، إلا أن يضطر .

وتقدم كلام القاضي ، وابن عقيل .

وقال في الانتصار ـ بعد أن حكى اختيار الأصحاب ، والمصنف ـ وقيل : حق الزوجة مبيت المذكور وحده ويفرد نفسه فيما بقي من شهره

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله.

قوله ﴿وَعَلَيْهِ وَطْؤُهَا فِي كُلِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ مَرَّةً ، إِنْ لَمْ يَكُنْ عُذْرٌ﴾

هذا المذهب ، بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال في نظم المفردات : هذا هو المشهور . وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والكافي ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : يرجع فيه إلى العرف . وهو من المفردات أيضاً .

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله : وجوب الوطء بقدر كفايتها . ما لم يضعف بدنه ، أو يشغله عن معيشته من غير تقدير مدة . وهو من المفردات أيضاً .

وعنه : ما يدل على أن الوطء غير واجب إن لم يقصد تركه ضرراً . اختاره القاضي .

ولم يعتبر ابن عقيل قصد الإضرار بتركه للوطء .

قال : وكلام الإمام أحمد رحمه الله ، غالباً ما يشهد لهذا القول .

ولا عبرة بالقصد في حق الآدمي .

وحمل كلام الإمام أحمد : في قصد الإضرار على العالم .

قال في الفروع : كذا قال . فيلزمه أن لا فائدة في الإيلاء .

وأما إن اعتبر قصد الإضرار : فالايلاء دل على قصد الإضرار . فيكفي ، وإن لم يظهر منه قصده . انتهى .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : خرج ابن عقيل قولا : أن لها الفسخ بالعنة المصرة بها ، وكما لو لم يكن معقوداً ، كما لو كوتب ، فلم يحصر بلا عذر .

وقال المصنف في المغني — في امرأة من علم خبره ، كأسير ، ومحبوس — : لها الفسخ بتعذر النفقة من ماله . وإلا فلا ، إجماعا .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لا إجماع .

وإن تعذر الوطء لعجز : فهو كالعقة وأولى ، للمسح بتعذره إجماعاً في الإيلاء

وقاله أبو يعلى الصغير

وقال أيضاً : حكمه كمتين . قال الناظم :

وقيل : يمس الوطء في اليوم مرة وإلا ففي الأسبوع إن تريد

وليس يمسون عليه زيادة سوى عند داعي شهوة أو تولد

قوله ﴿ وَإِنْ سَافَرَ عَنْهَا أَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَطَلَبَتْ قُدُومَهُ : لَزِمَهُ ذَلِكَ . إِنْ لَمْ يَكُنْ عُذْرٌ ﴾

قال الإمام أحمد رحمه الله ، في رواية حرب : قد يغيب الرجل عن أهله أكثر من ستة أشهر فيما لابد له منه .

قال القاضي : معنى هذا : أنه قد يغيب في سفر واجب ـ كالحج ، والجهاد ـ فلا يحسب عليه تلك الزيادة . لأنه معذور فيها لأنه سفر واجب عليه .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : فالقاضي حمل الزيادة على الستة الأشهر لا تجوز إلا لسفر واجب ، كالحج والجهاد ونحوهما .

[فشرطه أن يكون واجباً : ولو كان سنة أو مباحاً أو محرماً ، كغريم زان ، ومشرد قاطع طريق فإن كان مكروهاً فاحتمالان للأصحاب][1] .

وكلام الإمام أحمد رحمه الله : يقتضي أنه مما لابد له منه . وذلك يعم الواجب الشرعي ، وطلب الرزق الذي هو محتاج إليه انتهى .

قلت : قد صرح الإمام أحمد رحمه الله بما قال .

فقال في رواية ابن هانيء ـ وسأله عن رجل تغيب عن امرأته أكثر من ستة أشهر ـ ؟ قال . إذا كان في حج ، أو غزو ، أو مكسب يكسب على عياله .

---

(١) زيادة بين المربعين من نسخة الشيخ عبد الله .

أرجو أن لا يكون به بأس ، إن كان قد تركها في كفاية من النفقة لها ، وبحرم رجل يكفيها .

قوله (فَإِنْ أَبَى شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ . وَلَمْ يَكُنْ لَهُ عُذْرٌ ، فَطَلَبَتِ الْفُرْقَةَ : فُرِّقَ بَيْنَهُمَا) .

ولو قبل الدخول . نص عليه .

يعني : حيث قلنا بوجوب المبيت والوطء والقدوم ، وأبى ذلك من غير عذر .

وحيث قلنا : يسقط الوجوب . فليس لها ذلك مع امتناعه منه .

وهذا المذهب . جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . ونصره المصنف ، والشارح .

قال في الترغيب : هو صحيح المذهب . وقدمه في المحرر ، والفروع .

وهو من مفردات المذهب

وعنه : لا يفرق بينهما

قال في المغني والشرح : ظاهر قول أحمد : أنه لا يفرق بينهما بذلك . وهو قول أكثر الفقهاء .

تنبيه : ظاهر كلامه : أنها لو طلبت قدومه من السفر بعد ستة أشهر ، وأبى من القدوم : أن لها الفسخ . سواء قلنا : الوطء واجب عليه ، أو لا

وهو أحد الوجهين . قدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : ليس لها الفسخ ، إلا بعد قلنا بوجوب الوطء . وهو ظاهر ما جزم به في تجريد العناية

قلت : وهو بعيد جداً . وأضعفه في الفروع

وقال ابن عقيل ـ في مفرداته ـ وقيل : قد يسقط الفسخ

وطلاق الحاكم لأجل الغيبة ، إذا قصد بها الإضرار ، بناء على ما إذا ترك الاستمتاع بها من غير يمين أكثر من أربعة أشهر .

فوائد

الأولى : قوله ﴿ ويُسْتَحبُّ أنْ يَقُولَ عِنْدَ الجِمَاعِ بِسْمِ اللهِ ، اللَّهُمَّ جَنِّبْنِي الشَّيْطَانَ ، وَجَنِّبِ الشَّيْطَانَ مَا رَزَقْتَنِي ﴾ بلا نزاع

لحديث ابن عباس — رضي الله عنهما — الذي في الصحيحين

قلت : قد روى ابن أبي شيبة في مصنفه ، عن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفاً « أنه إذا أنزل يقول : اللهم لا تجعل للشيطان فيما رزقتني نصيباً »

فيستحب أن يقول ذلك عند إنزاله ، ولم أره للأصحاب . وهو حسن

وقال القاضي في الجامع : يستحب — إذا فرغ من الجماع — أن يقرأ (٢٥ : ٥٤ وهو الذي خلق من الماء بشراً)

قال : وهذا على بعض الروايات التي تجوز للجنب أن يقرأ بعض آية . ذكره أبو حفص .

ويستحب بعض الأصحاب أن يحمد الله عقب الجماع . قاله ابن رجب في تفسير الفاتحة

قلت : وهو حسن

وقال القاضي محب الدين بن نصر الله : هل التسمية مختصة بالرجل ، أم لا ؟ لم أجده . والأظهر عدم الاختصاص ، بل تقوله المرأة أيضاً . انتهى .

قلت : هو كالمصرح به في الصحيحين ، أن القائل : هو الرجل . وهو ظاهر كلام الأصحاب . والذي يظهر : أن المرأة تقوله أيضاً

الثانية : يستحب تغطية رأسه عند الوقاع ، وعند الخلاء . ذكره جماعة ، وأن لا يستقبل القبلة

وقيل : يكره استقبالها .

وقال القاضي في الجامع ، والمصنف في المغني ، والشارح ، وغيرهم . يستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها للزوج عند فراغه من جماعها

قال أبو حفص : ينبغي أن لا يظهر الخرقة بين يدي امرأة من أهل داره فإنه يقال إن المرأة إذا أحدثت الخرقة وفيها المني ، فتمسحت بها : كان منها الولد .

وقال الحلواني في التبصرة . ويكره أن يمسح ذكره بالخرقة التي تمسح بها فرجها . وعكسه .

وقال القاضي في الجامع : قال أبو الحسن بن العطار - في كتاب أحكام النساء - ويكره نحرها عند الجماع ، وحال الجماع ، ولا نحرمه ، وهو مستثنى من الكراهة . في غيره

وقال مالك : لا بأس بالنحر عند الجماع ، وأراه سهلاً في غير ذلك . يعاب على فاعله

وقال محمد بن عيسى : كان ابن سيرين وعطاء ومجاهد : يكرهون النحر عند الجماع

وقال عطاء : من اغتلمت منه نخرة فليكبر أربع تكبيرات .

وقال مجاهد : لما أهبط الله إبليس إلى الأرض أنّ ونحر ، فنهى عن أنّ ونحر ، إلا ما رخص فيه عند الجماع

وسئل نافع بن جبير بن مطعم رضي الله عنه عن النحر عند الجماع ؟ فقال : « أما النحر : فلا . ولكن يأخذ عند ذلك حمحمة كحمحمة الفرس »

وكان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما يرخص في النحر عند الجماع .

وسألت امرأة عطاء بن أبي رباح فقالت : إن زوجي يأمرني أن أنخر عند الجماع ؟ فقال لها : أطيعي زوجك .

وعن مكحول : لعن رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام « الساحر والساحرة إلا عند الوقاع » ذكر ذلك أبو بكر في أحكام الوطء .

تنبيه : قوله (وَلَا يَنْزِعُ إِذَا فَرَغَ قَبْلَهَا حَتَّى تَفْرُغَ)

يعني أنه يستحب ذلك ، فلو خالف كره له

الثالثة ، يكره الجماع وهما متجردان . بلا نزاع .

قال في الترغيب ، والبدعة : لا سترة عليهما لحديث رواه ابن ماجه[1] .

تنبيه : قوله (وَيُسْتَحَبُّ الْوُضُوءُ عِنْدَ مُعَاوَدَةِ الْوَطْءِ) .

وتقدم حكم ذلك والخلاف فيه في آخر باب الغسل .

قوله (وَلَا يَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَ زَوْجَتَيْهِ فِي مَسْكَنٍ وَاحِدٍ إِلَّا بِرِضَاهُمَا)

هذا المذهب جزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم

وقدمه في الرعاية ، والفروع

وقيل : يحرم مع اتحاد المرافق ، ولو رضيتا .

قال المصنف في المغني ، والشارح ، وصاحب الترغيب : وإن أسكنهما في دار واحدة ، كل واحدة منهما في بيت ؛ جاز . إذا كان في مسكن مثلها .

فائدة قال في الفروع : ظاهر كلام الأصحاب ، المنع من جمع الزوجة والسرية إلا برضا الزوجة . كما لو كانا زوجتين . لثبوت حقها ، كالاجتماع ونحوه . والسرية لا حق لها في الاجتماع . قال : وهذا متجه .

قلت : وهو أولى بالمنع .

قوله (وَلَا يُجَامِعُ بِحَدَاهُمَا بِحَيْثُ تَرَاهُ الْأُخْرَى) .

---

(١) روى عتبة بن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ، ولا يتجرد تجرد العيرين » ، كذا في كشاف القناع .

يحتمل أن يكون مراده : أن ذلك مكروه . وهو الصحيح من المذهب .
جزم به فى الرعايتين وقدمه فى الفروع

ويحتمل أن يكون مراده : أن ذلك محرم ، ولو رضيتا به . وهو اختيار المصنف ، والشارح . وقطعا به فى المغنى ، والشرح .

قلت : وهو الصواب

قوله ﴿ وَلَا يُحَدِّثُهَا بِمَا جَرَى بَيْنَهُمَا ﴾ بلا نزاع .

لكن يحتمل أن يكون مراده أن ذلك مكروه وهو مذهب
جزم به فى الرعايتين . وقدمه فى الفروع

ويحتمل أن يكون مراده : التحريم

وقطع به الشيخ عبد القادر فى التسلية ، والأدمى البغدادى فى كتابه

قال فى الفروع . وهو أظهر

قلت : وهو الصواب أيضاً

فائدة . قال فى أحكام المدينة . يحرم إفشاء السر .

وقال فى الرعاية : يحرم إفشاء السر المضر .

قوله ﴿ وَلَهُ مَنْعُهَا مِنَ الْخُرُوجِ عَنْ مَنْزِلِهِ ﴾ .

بلا نزاع من حيث الجملة

ويحرم عليها الخروج بلا إذنه . فإن فعلت فلا نفقة لها إذن

وقال أبو طالب : إذا قام بحوائجها ، وإلا فلا بد لها

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن حبسته امرأته لحقها ـ : إن خاف خروجها بلا إذنه ، أسكنها حيث لا يمكنها الخروج . فإن لم يكن له من يحفظها غير نفسه : حبست معه . فإن عجز ، أو خيف حدوث شر : أسكنت فى رباط ونحوه . ومتى كان خروجها مظنة للفاحشة صار حقاً فيه ، يجب على ولى الأمر رعايته

قوله ﴿ فَإِنْ مَرِضَ بَعْضُ مَحَارِمِهَا ، أَوْ مَاتَ : اسْتُحِبَّ لَهُ أَنْ يَأْذَنَ لَهَا فِي الْخُرُوجِ إِلَيْهِ ﴾

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . منهم صاحب البلغة ، والرعايتين ، والوجيز ، والحاوى الصغير . وقدمه فى الفروع

وقال ابن عقيل : يجب عليه أن يأذن لها لأجل العيادة .

تنبيهان

أحدهما : ذنّ كلام المصنف ـ بطريق التنبيه ـ على أنها لا تزور أبويها

وهو المذهب . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع

وقيل : لها زيارتهما . ككلامهما

الثانى : مفهوم قوله « فإن مرض بعض محارمها ، أو مات » أنه لو مرض أو مات غير محارمها من أقاربها . أنه لا يستحب أن يأذن لها فى الخروج إليه

وهو صحيح . وهو المذهب . جزم به فى البلغة . وقدمه فى الفروع

وقيل : يستحب له أن يأذن لها أيضاً

قلت : وهو حسن . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير

فوائد

الأولى : لا يملك الزوج منع أبويها من زيارتها . على الصحيح من المذهب

قال فى الفروع ، والرعايتين : ولا يملك منعهما من زيارتها فى الأصح . وجزم به فى الحاوى الصغير

وقيل : له منعهما

قلت . الصواب فى ذلك : إن عرف بقرائن الحال . أنه يحدث بزيارتهما ـ أو أحدهما ـ له ضرر : فله المنع . وإلا فلا .

الثانية : لا يلزمها طاعة أبويها فى فراق زوجها ، ولا زيارة ونحوها . بل طاعة زوجها أحق .

الثالثة . ليس عليها عجن ، ولا خبز ، ولا طبخ ، ونحو ذلك . على الصحيح من المذهب نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى الفروع

وقال الخورجانى : عليها ذلك .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجب عليها المعروف من مثلها لمثله

قلت : الصواب أن يرجع فى ذلك إلى عرف البلد .

وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله : لوجوب ، من نصه على نكاح الأمة لحاجة الخدمة

قال فى الفروع وهو بعد . لأنه ليس فيه وجوب الخدمة عليها

الرابعة : قوله (ولا تملك المرأة) ولا وليها ، أو سيدها (إجارة نفسها للرضاع والخدمة ، بغير إذن زوجها) بلا نزاع .

لكنه لو تزوجها بعد أن أجرت نفسها للرضاع ، فهل تملك الفسخ مطلقاً على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقيل : يملكه إن جهله

قال فى الرعاية الكبرى : وإن تزوجت بآخر ، فله منعها من إرضاع ولدها من الأول . ما لم يضطر إليها

قلت : وتكون لأول استأجرها للرضاع انتهى

الخامسة : يجوز له وطؤها بعد إجارتها نفسها مطلقاً . على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع .

وقيل : ليس له ذلك إن أضر الوطء باللبن

قال فى الرعاية الكبرى : وللزوج الثانى وطؤها مالم يفسد اللبن ، وإن أفسد فله استئجار الفسخ . والأشهر تحريم الوطء .

قوله ﴿ وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْ إرْضَاعِ وَلَدِهَا ، إلَّا أَنْ يُضْطَرَّ إلَيْهَا وَيُخْشَى عَلَيْهِ ﴾ .

إن كان الولد غير الزوج ، فله منعها من إرضاعه إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه . نص عليه .

وحرم به فى المغنى ، والمذهب ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم

وقال مهنا : لها ذلك إذا شرطته عليه .

وإن كان الولد منه ، فظاهر كلام المصنف هنا أن له منعها ، إذا اتقى الشرطان وهى فى حباله . وهو أحد الوجهين . ولفظ الخرقى يقتضيه .

وهو ظاهر كلام القاضى ، والوجيز هنا ، لكنه نص عليها .

والوجه الثانى : ليس له منعها وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

ويحتمله كلام الخرقى

وحرم به المصنف فى هذا الكتاب ، فى أول الفصل الأول من « باب نفقة الأقارب والمماليك » فقال « وليس للأب منع امرأة من إرضاع ولدها إذا طلبت ذلك »

وحرم به هناك فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، والمنور ، وغيرهم

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قلت : يحتمل أن يحمل كلام المصنف هنا على ما إذا كان الولد لغير الزوج

وأما إذا كان له : فقد ذكره فى « باب نفقة الأقارب » فيكون عموم كلامه هنا مقيد بما هناك . وهو أولى ، وأطلقهما هنا فى الشرح .

و يأتى ذلك فى « باب نفقة الأقارب » بأتم من هذا .

تنبيهان

أحدهما : مراده بقوله ﴿ وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُسَاوِيَ بَيْنَ نِسَائِهِ فِي الْقَسْمِ ﴾ .

غير الزوج الطفل ، وهو واضح .

الثانى . ظاهر قوله « وَعَلَيْهِ أَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَ نِسَائِهِ فِي الْقَسْمِ »

أنه لا يجب عليه التسوية فى النفقة والكسوة ، إذ كل واحدة كالأخرى . وهو صحيح . وهو المذهب وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله . يجب عليه التسوية فيهما أيضاً

وقال : إنما علل القاضى عدم الوجوب بقوله « لأن حقهن فى النفقة والكسوة والقسم » وقد سوى بينهما ، وما زاد على ذلك فهو متطوع به فله أن يفعله إلى من شاء » قال : موجب هذه العلة ، أن له أن يقسم للواحدة ليلة من أربع لأنه الواجب وبيت الباقى عند الأخرى انتهى .

ومنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : لا بأس بالتسوية بينهن فى النفقة ، والكسوة

فائدة : قوله « وعلى الرجل أن يسوى بين نسائه فى القسم »

وهذا لا نزاع . لكن يكون فى المبيت ليلة ، وليلة فقط ، إلا أن يرضين بالزيادة عليها . هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب منهم القاضى فى المجرد

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى ، والفروع ، وغيرهم

وقال القاضى ، وغيره : له أن يقسم ليلتين ليلتين ، وثلاثاً ثلاثاً ، ولا تجوز الزيادة إلا برضاهن لأن الثلاث فى حد القلة ، فهى كالليلة الواحدة ، لكن

الأولى ليلة وليلة . قدمه ابن رزين فى شرحه . وجزم به فى المستوعب ، والبلغة . وأطلقهما الزركشى

تنبيه : قوله (وليس له البداءة بإحداهن ، ولا السفر بها ، إلا بقرعة) .

يستثنى من ذلك : إذا رضى الزوجات بسفر واحدة معه فإنه يجوز بلا قرعة

مهم : إذا لم يرض الزوج بها ، وأراد غيرها : أقرع

قوله (وليس عليه التسوية بينهن فى الوطء . بل يستحب) .

وقد قال الإمام أحمد رحمه الله ، فى الجامع : لا ينبغى أن يدعه عمداً ، بقى نفسه لذلك ؟

فائدتان

إحداهما : قوله (ويقسم لزوجته الأمة ليلة ، وللحرة ليلتين . وإن كانت كتابية) بلا نزاع .

ويقسم لمعتق بعضها بالحساب . قاله الأصحاب .

الثانية : لو عتقت الأمة فى نوبتها ، أو فى نوبة حرة مسبوقة فهل تقسم حرة ولو عتقت فى نوبة حرة سابقة فقيل تتم للحرة على حكم الرق . جزم به ابن عبدوس فى تذكرته وقدمه فى الرعايتين ، والزركشى وصححه فى تصحيح المحرر .

وقيل : يستويان بقطع أو استدراك

وأطلقهما فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع

وقال فى المغنى ، والشرح : إن عتقت فى ابتداء مدتها . أضاف إلى بيتها ليلة أخرى

وإن كان بعد انقضاء مدتها : استأنف مدة القسم متساويا ، ولم ينقص لها ماضى . لأن الحرية حصلت بعد استيفاء حقها .

وإن عتقت ، وقد قسم للحرة ليلة لم ترد على ذلك . لأنهما تساويا . انتهيا .

ومعناه فى الترغيب ، وزاد : إن عتقت بعد بوتها بدأ بها أو بالحرة .

وقال فى الكافى : وإن عتقت الأمة فى بوتها أو قبلها : أضاف إلى ليلتها ليلة أخرى

وإن عتقت بعد مدتها : استأنف القسم متساويا

تنبيه : هكذا عبارة صاحب الرعايتين ، والفروع .

أعنى أن الأمة إذا عتقت فى بوتة حرة مسبوقة : لها قسم حرة . وإذا عتقت فى بوتة حرة سابقة : فيها الخلاف .

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : ولأمة عتقت فى بوتة حرة سابقة : كقسمها . وفى بوتة حرة مسبوقة : يتمها على الرق .

بعكس ما قال فى الرعايتين ، والفروع .

وحمل لها إذا عتقت فى بوتة حرة سابقة : قسم حرة . وإذا عتقت فى بوتة حرة مسبوقة : أن يتمها على الرق .

ورأيت بعض من تقدم صوبه

وأصل ذلك : ما قاله فى المحرر

فإنه قال : وإذا عتقت الأمة فى بوتها ، أو فى بوتة الحرة ، وهى المتقدمة : فلها قسم حرة . وإن عتقت فى بوتة الحرة ، وهى المتأخرة : فوجهان .

فابن حمدان ، وصاحب الفروع : جعلا قوله « وهى المتقدمة » « وهى المتأخرة » عائداً إلى الأمة ، لا إلى الحرة

وجعله ابن عبدوس : عائداً إلى الحرة ، لا إلى الأمة .

وكلامه محتمل فى بادى الرأى

وصوب شارح المحرر : أن الضمير فى ذلك عائد إلى « الحرة » كما قاله ابن عبدوس وخطّأ ماقاله فى الرعايتين ، والفروع .

وكتب القاضى محب الدين بن نصر الله البغدادى ـ قاضى قضاة مصر ـ كراسة فى الكلام على قول المحرر ذلك .

وقال فى حواشى الفروع : قول الشارح أقرب إلى الصواب .

فائدة : يطوف بمحصون مأمون وليُّه وحوله . ويحرم تخصيص بإفاقته .

وإن أفاق فى نوبة واحدة : فهى قضاء يوم جنونه للأخرى وجهان وأطلقهما فى الفروع

قلت : الصواب القضاء وهو ظاهر كلام الأصحاب

قوله ﴿ وَيَقْسِمُ لِلْحَائِضِ وَالنُّفَسَاءِ وَالْمَرِيضَةِ وَالْمُعِينَةِ ﴾ .

وكذا من آلى منها أو ظاهر ، والمحرمة ، ومن سافر بها بقرعة ، والرتقاء ، والمجنونة مأمونة نص على ذلك

وأما الصغيرة : فقال المصنف ، والشارح : إن كانت توطأ قسم لها . وهو أحد الوجهين .

وقيل : إن كانت مميزة قسم لها ، وإلا فلا .

واقتصر عليه فى المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس ، والرعايتين ، والحاوى الصغير وأطلقهما فى الفروع

قوله ﴿ فَإِنْ دَخَلَ فِى لَيْلَتِهَا إِلَى غَيْرِهَا : لَمْ يَجُزْ إِلَّا لِحَاجَةٍ دَاعِيَةٍ . فَإِنْ لَمْ يَلْبَثْ عِنْدَهَا : لَمْ يَقْضِ . وَإِنْ لَبِثَ ، أَوْ جَامَعَ : لَزِمَهُ أَنْ يَقْضِىَ لَهَا مِثْلَ ذَلِكَ مِنْ حَقِّ الْأُخْرَى ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم وقيل . لايقضى وطئ فى أثناء السير وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وقال فى الترغيب : فيمن دخل نهاراً حاجة ، أو بث : وجهان .

تفسير ظاهر قوله « أو جامع لزمه أن يقضى » أنه لو قبّل أو باشر ، ونحوه : لايقضى وهو أحد الوجهين وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، وتذكرة ابن عبدوس ، والحاوى ، وغيرهم

والوجه الثانى : يقضى ، كالو جامع

قلت . وهو الصواب

وأطلقهما فى الرعايتين ، والنظم ، والفروع ، والمغنى ، والشارح .

فائدتان

إحداهما : يجوز ، أن يقضى ليلة صيف عن ليلة شتاء ، وعكسه . على الصحيح من المذهب

وقال فى الترغيب ، والبلغة : لايقضى ليلة صيف عن شتاء انتهى

ويقضى أول الليل عن آخره ، وعكسه على الصحيح من المذهب

وقيل يتعين مثل الزمن الذى فوته فى وقته

الثانية . له أن يأتى بقضاء ، وله أن يدعوهن إلى منزله فإن امتنع أحد منهن سقط حقه وله دعوة البعض إلى منزله ويأتى إلى البعض على الصحيح من المذهب

وقيل : يدعو الكل ، أو يأتى الكل

فعلى هذا : ليست المتمتعة باشراً انتهى

وفيه نظر كبير ، إلا أنه إن دعاهن : لم يلزم ، ما لم يكن سكن منهن .

قوله (ومتى سافر بقرعة : لم يقض)

هذا الصحيح من المذهب مطلقا

جزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والشرح، والوجيز، وغيرهم.

وجزم به في المحرر، والحاوي، في غير سفر النقلة. وقدمه في الرعايتين، والفروع.

وقيل: يقضي مطلقا.

وقيل: يقضي في سفر النقلة دون غيره.

وأطلق في المحرر، والحاوي الصغير، في القضاء في سفر النقلة الوجهين.

وقيل: يقضي في السفر القريب دون البعيد. على ما يأتي.

فائدة: يقضي ما تخلله السفر، أو ما بقيه من الإقامة مطلقا، على الصحيح من المذهب.

وجزم به في المحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، وتذكرة ابن عبدوس، والمنور، وغيرهم. وقدمه في الفروع.

وقال في المغني، والشرح، والترغيب: إن أقام في بلده مدة إحدى وعشرين صلاة، فما دون: لم يقض. وإن زاد: قضى الجميع.

وقال في المغني، والشرح أيضا: إن رجع على نقله قضى ما أقامه، وإن قل.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف، وغيره: أن حكم السفر القصير حكم السفر الطويل. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

وقال القاضي: ويحتمل أن لا يقضي للموافق في السفر القصير. وهما وجهان مطلقان في [illegible].

قوله ﴿ وإنْ كان بغيرِ قُرْعةٍ لزمهُ القضاءُ للأُخرَى ﴾.

يعني مدة غيبته، إذا لم ترض الضرة بسفرها. وهذا المذهب مطلقا. وعليه أكثر الأصحاب.

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم وقدمه فى الفروع .

واختار المصنف ، والشارح : أنه لايقضى زمن سيره .

قال فى تجريد العناية : لاتقضى زمن سيره فى الأظهر .

تنبيه : مفهوم قوله (وإنْ امْتَنَعَتْ مِنَ السَّفَرِ مَعَهُ ، أَوْ مِنَ الْمَبِيتِ عِنْدَهُ ، أَوْ سَافَرَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ : سَقَطَ حَقُّهَا مِنَ الْقَسْمِ) .

أنه لايسقط حقها من النفقة . وهو قول فيما إذا كان يطؤها .

والصحيح من المذهب : سقوط حقها من النفقة أيضاً .

وجزم به المصنف فى هذا الكتاب فى أواخر الفصل الثانى من كتاب النفقات

وجزم به الحرقى ، وابن رزكشى ، فيما إذا كانت قد سافرت بغير إذنه .

ويأتى هذا هناك إن شاء الله تعالى .

وكلام المصنف هنا فى القسم ، لأنه بصدده

قوله (وإنْ سَافَرَتْ لِحَاجَتِهَا بِإِذْنِهِ : فَعَلَى وَجْهَيْنِ)

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمحرر والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، ومسبوك الذهب .

أحدهما - سقوط حقها من القسم والنفقة . وهو المذهب .

صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر .

وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأزجى ، والحرقى فى بعض النسخ

واختاره القاضى ، والمصنف

وقدمه فى المغنى ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : لا يسقطان وجزم به فى الوجيز ذكره فى مكانين منه .

وقيل : يسقط القسم وحده . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

واختاره ابن عقيل ، وابن عبدوس فى تذكرته . وأطلقهن الزركشى . وفى تجريد العناية .

ويأتى فى « كتاب النفقات » فى كلام المصنف « هل تجب لها النفقة إذا سافرت لحاجتها بإذنه ، أم لا ؟ »

قوله ﴿ وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَهَبَ حَقَّهَا مِنَ الْقَسْمِ لِبَعْضِ ضَرَائِرِهَا بِإِذْنِهِ وَلَهُ ، فَيَجْعَلَهُ لِمَنْ شَاءَ مِنْهُنَّ ﴾ .

هذا المذهب مطلقا . وعليه جماهير الأصحاب .

وهو ظاهر ما جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، والمغنى ، والشرح .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والزركشى ، وغيرهم .

وذكر جماعة : يشترط فى الأمة إذن السيد ، لأن ولدها له

قال المصنف ، والقاضى : هذا قياس المذهب ، كالعزل

وقال فى الترغيب : لو قالت له المرأة « خص بها من شئت » لأشبه أنه لا يملكه . لأنه لا يورث الغيظ ، بخلاف تخصيصها واحدة .

فائدتان

إحداهما : لا تصح هبة ذلك بمال . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الكافى ، والفروع ، وغيرهما من الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : القياس فى المذهب : جواز أخذ العوض عن سائر حقوقها ، من القسم وغيره .

ووقع في كلام القاضي ما يقتضي جوازه .

الثانية : لا يجوز له نقل ليلة الواهبة لتلي ليلة الموهوبة على الصحيح من المذهب

قدمه في الفروع ، والمغني ، والشرح ، وغيرهم ، وصححه في النظم ، وغيره .

وقيل : له ذلك اختاره ابن عبدوس في تذكرته وقدمه في الرعايتين ، والزبدة

[وقيل : إن وهبته له جاز ، وهي لم تجز والمراد فيهما إلا بإذنهما معها ، أو بإذن من عليها فيه تطويل في الزمن ، دون غيرها . وهو أظهر][1] .

وأطلقهما في المذهب ، ومسبوك الذهب ، والبلغة ، والمحرر

فعلى الوجه الثاني : لو وهبت رابعة ليلتها لثانية ، فقيل : يطأ ثانية ، ثم أولى ثم ثانية ، ثم ثالثة

وقيل له : وطء الأولى أولا ، ثم يوالي الثانية ليلتها وليلة الرابعة وأطلقهما في الفروع

تنبيه ظاهر قوله (فَمَتَى رَجَعَتْ فِي الْهِبَةِ عَادَ حَقُّهَا) .

ولو كان رجوعها في بعض ليلتها وهو صحيح لكن لا يقضيها إن علم بعد تتمة الليلة قاله في الفروع وغيره .

قلت : ويتخرج أنه يقضيها وله نظائر

فوائد

الأولى : يجوز للمرأة بذل قسمها ونفقتها وغيرهما ليمسكها ولها الرجوع . لأن حقها يتجدد شيئاً فشيئاً

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله

وقال ابن القيم في الهدى : لزم ذلك ولا مطالبة . لأنها معاوضة ، كما لو صالح فيما عليه من الحقوق ، والأموال ، ولما فيه من العداوة . ومن علامة المنافق « إذا وعد أخلف ، وإذا عاهد غدر ، وإذا ائتمن خان ، وإذا حدث كذب » انتهى . قاله في الفروع . كذا قاله .

الثانية : لو قسم لاثنين من ثلاث ، ثم ترتب له رابعة — إما بعود في هبة ، أو رجوع عن نشوز ، أو بنكاح ، أو رجعة ، أو بلوغ زمن وطء ، أو زوال حيض أو نفاس ، أو استحاضة ، أو مانع من وطء حسًّا ، أو شرعًا ، أو عرفًا ، أو عادة[1] — وفاها حق العقد ، ثم جعل ربع الزمن من القدر المستقبل للرابعة منهن ، وثلاثة أرباعه للثالثة حتى يكمل حقها . ثم يستأنف التسوية .

الثالثة : لو بات ليلة عند إحدى امرأتيه ، ثم نكح ثالثة : وفاها حق العقد ثم ليلة للمظلومة ، ثم نصف ليلة للثالثة . ثم يبتدئ .

هذا مذهب ، اختاره القاضي ، وقدمه في الفروع .

وقال المصنف ، والشارح : إذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية . فوفاها ليلتها ثم بيت عند الجديدة نصف ليلة ، ثم يبتدئ القسم .

وذكر القاضي أنه إذا وفى الثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الأخرى ، فيثبت للجديدة في مقابلة ذلك نصف ليلة ليراه ما حصل لكل واحدة من ضربتها .

قال المصنف ، والشارح : وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه في نصف ليلة ، وفيه حرج .

قال في الفروع — بعد أن قدم قول القاضي — واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله لا يبيت نصفها ، بل ليلة كاملة ، لأنه حرج .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقال في الترغيب : لو أبان المظلومة ، ثم نكحها ـ وقد نكح جديدات ـ بعذر القضاء .

الرابعة : قوله ﴿ وَلَا قَسْمَ عَلَيْهِ فِي مِلْكِ يَمِينِهِ . وَلَهُ الاسْتِمْتَاعُ بِهِنَّ كَيْفَ شَاءَ . وَتُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُنَّ ﴾

وهذا بلا نزاع .

لكن قال صاحب المحرر وغيره : يساوي في حرمانهن .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ فَإِنْ أَحَبَّتْ أَنْ يُقِيمَ عِنْدَهَا سَبْعًا : فَعَلَ ، وَقَضَى لِلْبَوَاقِي ﴾ .

أن الخيرة لها . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطعوا به . وقدمه في الفروع ، والرعايتين ، والحاوي .

وقيل : أو أحب هو أيضاً

قوله « فعل وقضى للبواقي » يعني : سبعاً سبعاً . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال في الروضة : يقضي للبواقي من نسائه الفاضل عن الأيام الثلاثة .

تنبيه : ظاهر كلامه ، وكلام غيره : أنه لا فرق في ذلك بين الحرة والأمة فيقسم للأمة البكر سبعاً . وللثيب ثلاثاً كالحرة . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به في المغني ، والشرح . وقدمه في الفروع .

وقيل : للأمة نصف الحرة . وأطلقهما في الرعاية .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ امْرَأَتَانِ : قَدَّمَ السَّابِقَةَ مِنْهُمَا ﴾ .

يعني : الأولى دخولا منهما . وقطع به الأصحاب .

لكن فعل ذلك مكروه بلا خلاف .

قوله (فَإِنْ زُفَّتَا مَعًا : قَدَّمَ إِحْدَاهُمَا بِالْقُرْعَةِ) .

هذا مذهب مطلقاً ، مع الكراهة لهذا الفعل . وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به في المغني ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في الفروع .

وقال في التبصرة : يبدأ بالسابقة بالعقد ، وإلا أقرع بينهما .

قال في تجريد العناية : فإن زفت فسابقه مجيء . وقيل : بعقد ، ثم قرعة .

فالظاهر من كلام صاحب التبصرة : أنه يشمل ما إذا زفت واحدة بعد واحدة ، أو زفتا معاً .

وهو ظاهر كلامه في تجريد العناية . وهو بعيد .

فالظاهر : أن مرادهم إذا زفتا معاً لا غير .

قوله (وإذا أَرَادَ السَّفَرَ ، فخرجتِ القُرْعَةُ لإحداهما ، سافرَ بها . وَدَخَلَ حقُّ العَقْدِ في قسْمِ السَّفَرِ . فإذا قدِمَ بدأَ بالأُخْرَى ، فَوَفَّاها حَقَّ العَقْدِ) .

هذا مذهب فيهما .

قال في الفروع : فيقضيه للأخرى — في الأصح — بعد قدومه .

قال في تجريد العناية : هذا الأصح . وجزم به في البلغة ، والوجيز . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وإدراك الغاية ، وغيرهم .

وقيل : لا يقضي للأخرى شيئاً إذا قدم .

وهو احتمال في الهداية . وقدمه في تجريد العناية .

وقيل : لا يحتسب على المسافرة معه بمدة سفرها ، فيوفيها إذا قدم .

قال الشارح : وهذا أقرب للصواب .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَإِذَا طَلَّقَ إِحْدَى نِسَائِهِ فِي لَيْلَتِهَا : أَثِمَ . فَإِن تَزَوَّجَهَا بَعْدُ : قَضَى لَهَا لَيْلَتَهَا ﴾ .

أنه يقضى لها ليلتها ولو كان قد تزوج غيرها بعد طلاقها وهو صحيح وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال فى الترغيب : لو أبى المصلوبة ثم نكحها ـ وقد نكح جديدات ـ تعذر القضاء ، كما قد تقدم آنفاً

قوله : ﴿ فَصْلٌ فِي النُّشُوزِ ﴾

﴿ وَهُوَ مَعْصِيَتُهَا إِيَّاهُ فِيمَا يَجِبُ لَهُ عَلَيْهَا . وَإِذَا ظَهَرَ مِنْهَا أَمَارَاتُ النُّشُوزِ ، بِأَنْ لَا تُجِيبَهُ إِلَى الِاسْتِمْتَاعِ ، أَوْ تُجِيبَهُ مُتَبَرْمَةً مُتَكَرِّهَةً : وَعَظَهَا ﴾

بلا نزاع فى ذلك

قوله ﴿ فَإِنْ أَصَرَّتْ : هَجَرَهَا فِي الْمَضْجَعِ مَا شَاءَ ﴾

هذا المذهب جزم به فى الوجيز ، والمغنى ، والشرح وقدمه فى الفروع ، وغيره وجزم فى المحرر ، والنظم ، وغيرهم بأنه لا يهجرها فى المضجع إلا ثلاثة أيام

قوله ﴿ وَفِي الْكَلَامِ فِيمَا دُونَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال فى الواضح . يهجرها فى الفراش فإن أصف إليه الهجر فى الكلام ودخوله وخروجه عنها : جاز

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ فَإِنْ أَصَرَّتْ : فَلَهُ أَنْ يَضْرِبَهَا ضَرْباً غَيْرَ مُبَرِّحٍ ﴾

أنه لا يملك ضربها إلا بعد هجرها في الفراش ، وتركها من الكلام وهو صحيح وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب

وعنه أنه ضربها أولا . يعني : من حين نشوزها

قال الزركشي : تقدير الآية الكريمة عند أبي محمد على الأول (٤ : ٣٤ واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن) فإن نشزن (فاهجروهن) فإن أصررن (فاضربوهن) وفيه تعسف

قال : ومقتضى كلام أبي البركات وأبي الخطاب : أن الوعظ والهجران والضرب - على ظهور أمارات النشوز - على جهة الترتيب

قال المجد : إذا بانت أمارته أخذها بالقول ، ثم هجرها في المضجع والكلام دون ثلاث ، ثم يضرب غير مبرح

قال الزركشي : وهو ظاهر الآية . والواو وقعت للترتيب

فائدتان

إحداهما قوله (فله أن يضربها ضربا غير مبرح) .

قال الأصحاب : عشرة فأقل

قال في الانتصار : وضربها حسنة

قال الإمام أحمد رحمه الله : لا ينبغي سؤاله لم ضربها

[ولا يتركه عن الصبي لإصلاحه له في القول الأول وقياسهما العبد ، والدابة ، والرعية ، والمتعلم ، فيما يظهر][1]

قال في الترغيب ، وغيره ، الأولى ترك السؤال ، إبقاء للمودة [والأولى : أن يتركه عن الصبي لإصلاحه انتهى

فالضمير في « تركه » عائد إلى الضرب في كلامه السابق ويدل عليه قوله بعده فيه « والأولى أن يتركه عن الصبي » .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله

وقد حمله بعضهم عائداً إلى السؤال عن سبب الضرب وهو بعيد

والموقع له في ذلك ذكر الفروع فيه الكلام الغريب وعبره ، عقب قول الإمام أحمد رحمه الله « ولا ينبغي سؤاله لم ضربها ؟ »[1] .

الثانية لا يملك الزوج تعزيرها في حق الله تعالى . قدمه في الفروع .

قلت منهم : هل يضربها على ترك وكاه ؟ قال : لا أدري

قال في الفروع وفيه ضعف لأنه نقل عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه يضربها على فرائض الله . قاله في الانتصار .

وذكر غيره : أنه يملكه .

قلت : قطع في المغني ، والشرح ، وغيرهما بجواز تأديبها على ترك الفرائض فقالا : له تأديبها على ترك فرائض الله

وسأل إسماعيل بن سعيد الإمام أحمد - رحمه الله - عم يجوز ضرب المرأة عليه ؟ فقال : على فرائض الله

وقال - في الرجل له امرأة لا تصلي - يضربها ضرباً رفيقاً غير مبرح .

وقال الإمام أحمد رحمه الله : أخشى أنه لا يحل للرجل أن يقيم مع امرأة لا تصلي ، ولا تغتسل من الجنابة ، ولا تتعلم القرآن

قوله (فَإِنِ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ظُلْمَ صَاحِبِهِ لَهُ . أَسْكَنَهُمَا الْحَاكِمُ إِلَى جَانِبِ ثِقَةٍ ، لِيُشْرِفَ عَلَيْهِمَا ، وَيَلْزَمُهُمَا الْإِنْصَافَ) .

قال في الترغيب - واقتصر عليه في الفروع - يكشف عنهما كما يكشف عن عدالة وفلاس ، من جيرة باطنة انتهى

إذا علمت ذلك : فالصحيح من المذهب - وعليه أكثر الأصحاب - أن الإسكان إلى جانب ثقة فمن بعث الحكمين كما قطع به المصنف هنا .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله

وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهدى ، والكافى ، والمحرر ، والنظم ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وإدراك الغاية : وتجريد العناية ، ونور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم

وقدمه فى الفروع

ولم يذكره الخرقى ، والقدماء

ومقتضى كلامهم : أنه يد وقت العداوة ، وحيف الشقاق : بعث الحكمان ، من غير إسكان إلى حاجة ثقة

قوله ﴿ فَإِنْ خِيفَ شِقَاقٌ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا ﴾ ويكونان مكلفين

اشتراط الإسلام ، والعدالة فى الحكمين : متفق عليه

وقطع المصنف هنا باشتراط الحرية فيهما وهو الصحيح من المذهب اختاره القاضى

قال فى الرعايتين : حرين على الأصح

وصححه فى النظم ، وتصحيح المحرر .

وجزم به فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، وتذكرة ابن عبدوس

وقيل : لا تشترط الحرية

وهو ظاهر هذه ، والمسبوك ، والوجيز ، وجماعة . فيهم لم يذكروه

وأطلقهما فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع ، ونور كشى

وقال المصنف فى المغنى ، والكافى ، قال القاضى : ويشترط كونهما حرين .

والأولى أن يقال : إن كانا وكيلين : لم تعتبر الحرية وإن كانا حكمين : اعتبرت الحرية . وقدم الذى ذكره فى المغنى . أنه الأولى فى الكافى

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لايشترط كونهما فقيهين . وهو ظاهر كلامه في المذهب ، ومسموك المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والحاوي ، وغيرهم. لعدم ذكره .

وهو أحد الوجهين وقدمه في الرعاية الكبرى

والوجه الثاني . يشترط

قال الزركشي : يشترط أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق . انتهى

قلت : أما اشتراط ذلك : فيعني أن يكون للاختلاف في المذهب وأطلقهما في الفروع

وقال في الكافي : ومتى كانا حكمين ، اشترط كونهما فقيهين وإن كانا وكيلين : جاز أن يكونا عاميين

قلت : وفي الثاني ضعف

وقال في الترغيب لايشترط لاجتهاد فيهما

وظاهر كلام المصنف وغيره : اشتراط كونهما ذكرين بل هو كالصريح في كلامه

وقطع به في المغني ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم .

وقال الزركشي : وقد يقال تجوز كونها أنثى ، على الرواية الثانية

قوله ﴿ فإنِ امْتَنَعا من التَّوْكِيلِ ﴾ يعني الزوجين ﴿ لَمْ يُجْبَرا ﴾ .

اعلم أن الصحيح من المذهب : أن الحكمين وكيلان عن الزوجين لايرسلان إلا برضاهما وتوكيلهما

فإن امتنعا من التوكيل : لم يجبرا عليه .

قال الزركشي : هذا المشهور عند الأصحاب ، حتى إن القاضي في — الجامع الصغير — والشريف أبا جعفر ، وابن عقيل لم يذكروا فيه خلافا ورصيه أبو الخطاب .

قال في تجريد العناية : هذا أشهر

وقطع به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأرجي ، وغيرهم

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادي ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : أن الزوج إن وكل في الطلاق بعوض أو غيره ، أو وكلت المرأة في بذل العوض برضاهما ، وإلا جعل حاكم إليهما ذلك

فهذا يدل على أنهما حكمان يفعلان ما يريان : من جمع ، أو تفريق بعوض ، أو غيره من غير رضا الزوجين .

قال الزركشي : وهو ظاهر لأنه الكريمة انتهى

وحكاه ابن هبيرة ، والشيخ تقي الدين رحمهما الله

وهو ظاهر كلام الخرقي قاله في الفروع وأطلقهما في الكافي ، والشرح .

تنبيه : لهذا الخلاف فوائد . ذكرها المصنف ، وغيره

منها : لو غاب الزوجان ، أو أحدهما : لم ينقطع نظر الحكمين على الرواية الأولى وينقطع على الثانية

هذا هو الصحيح من المذهب وعليه جمهور الأصحاب

وقيل : لا ينقطع نظرهما أيضاً على الثانية . وهو احتمال في الهداية

ومنها : لو جنّا جميعاً ، أو أحدهما : انقطع نظرهما على الأولى ولم ينقطع على الثانية لأن الحاكم يحكم على المجنون . هذا هو الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب

وجزم المصنف في المغني ، والكافي : بأن نظرهما ينقطع أيضاً على الرواية الثانية لأنه لا يتحقق معه بقاء الشقاق ، وحضور المدعيين ، وهو شرط

فائدة : لا يصح الإبراء من الحكمين إلا في الخلع خاصة ، من وكيل المرأة فقط قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم

كتاب الخلع

فائدة : قال فى المكاتى : معنى « الخلع » فرق الزوج امرأته بعوض ، على المذهب ، وغيره على اختيار الخرقى ، بألفاظ مخصوصة .

قوله ﴿ وإذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ مُبْغِضَةً لِلرَّجُلِ ، وَتَخْشَى أَنْ لَا تُقِيمَ حُدُودَ اللهِ ﴾ فى حقه ﴿ فَلَا بَأْسَ أَنْ تَفْتَدِىَ نَفْسَهَا مِنْهُ ﴾ .

فيباح للزوجة ذلك والحالة هذه ، على الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب ، وجزم الحلوانى بالاستحباب .

وأما الزوج ، فالصحيح من المذهب : أنه يستحب له الإجابة إليه ، وعليه الأصحاب .

واختلف كلام الشيخ تقى الدين — رحمه الله — فى وجوب الإجابة إليه .

والزم به بعض حكام الشام المقادسة الفضلاء .

فائدة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : عبارة الخرقى ، ومن تبعه : أجود من عبارة صاحب المحرر ، ومن تبعه

فإن صاحب المحرر ، وغيره ، قال : الخلع لسوء العشرة بين الزوجين : جائز

فإن قولهم « لسوء العشرة بين الزوجين » فيه نظر . فإن النشوز قد يكون من الرجل ، فتحتاج هى أن تفتدى منه انتهى .

وعبارة المصنف : قريبة من عبارة الخرقى .

فإن الخرقى ، قال : وإذا كانت المرأة مبغضة للرجل ، وتكره أن تمنعه ما تكون عاصية بمنعه ، فلا بأس أن تفتدى نفسها منه

قوله ﴿ فَإِنْ خَالَعَتْهُ لِغَيْرِ ذَلِكَ وَقَعَ ﴾

يعنى إذا خالعته مع استقامة الحال ، وهذا المذهب ، وعليه الجمهور .

قال الزركشي : والمذهب المنصوص المشهور المعروف ـ حتى إن أبا محمد حكاه عن الأصحاب ـ وقوع الخلع مع الكراهة [كالطلاق أو بلا عوض] انتهى

وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره . وقال : هو المذهب .

وعنه : لا يجوز ، ولا يصح .

وهو احتمال في الهداية . وإليه ميل المصنف ، والشارح .

واختاره أبو عبد الله بن بطة وأنكر جواز الخلع مع استقامة الحال وصنف فيه مصنفا . وأطلقهما في البلغة .

واعتبر الشيخ تقي الدين رحمه الله : خوف قادر على القيام بالواجب أن لا يقيما حدود الله فلا يجوز الفداء به

قوله (فَأَمَّا إِنْ عَضَلَهَا لِتَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ ، فَفَعَلَتْ : فَالْخُلْعُ بَاطِلٌ وَالْعِوَضُ مَرْدُودٌ ، وَالزَّوْجِيَّةُ بِحَالِهَا)

اعلم أن المختلعة مع زوجها : أحد عشر حالاً .

أحدها : أن تكون كارهة له ، مبغضة لخلقه وخلقه ، أو نحو ذلك من صفاته وتخشى أن لا تقيم حدود الله في حقوقه الواجبة عليها فالخلع في هذا الحال مباح ، أو مستحب ، على ما تقدم

الحال الثاني : كالأول ، ولكن للزوج ميل إليها ومحبة فهذه أدخلها القاضي في المباح ، كما تقدم

ونص الإمام أحمد رحمه الله : على أنه ينبغي لها أن لا تختلع منه ، وأن تصبر قال القاضي : قول الإمام أحمد « ينبغي لها أن تصبر » على طريق الاستحباب والاختيار ، ولم يرد بهذا الكراهة لأنه قد نص على جوازه في غير موضع .

ويحتمل دخول هذه الصورة في كلام المصنف

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وكراهة الخلع في حق هذه متوجهة .

الحال الثالث : أن يقع ، والحال مستقيمة . فالمذهب : وقوعه مع الكراهة .

وعنه : يحرم ولا يقع

وتقدم ذلك قريبا فى كلام المصنف

الحال الرابع : أن يعصيها أو يظلمها ، لتفتدى منه فهذا حرام عليه والخلع باطل والعوض مردود ، والزوجية بحالها ، كما قال المصنف

الحال الخامس : كالذى قبله ، لكنها زنت . فيجوز ذلك . نص عليه . وقطع به الأصحاب .

وتقدم فى أول كتاب الطلاق « هل زنى المرأة : يمنع النكاح ؟ »

الحال السادس : أن يظلمها أو يعصيها لا لتفتدى ، فتفتدى فأكثر الأصحاب : على صحة الخلع

وجزم به القاضى فى المجرد . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لا يحل له ، ولا يجوز .

الحال السابع : أن كرهها . فلا يحل له . نص عليه

الحال الثامن : أن يقع حيلة لحل اليمين فلا يقع

وتقدمت المسألة فى كلام المصنف فى آخر الباب

الحال التاسع : أن يضربها ويؤذيها ، لتركها فرضا أو نشوزها فتفتدى لذلك فقال فى الكافى : يجوز

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعليل القاضى ، وأبى محمد يعنى به المصنف ـ يقتضى أنها لو نشزت عليه ـ جاز له أن يضربها لتفتدى نفسها منه . وهذا صحيح .

الحال العاشر : أن تنافرا أدنى منافرة فذكرها الحاوى فى قسم المكروه قال : ويحتمل أن لا تصح الخلعة

الحال الجاري عسر أن يمنعها كمال الاستمتاع ، فتختلع . فذكر أبو البركات : أنه يكره على هذا الحال .

قوله ﴿ فَأَمَّا إِنْ عَضَلَهَا لِتَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ ، فَفَعَلَتْ . فَالْخُلْعُ بَاطِلٌ ، وَالْعِوَضُ مَرْدُودٌ ، وَالزَّوْجِيَّةُ بِحَالِهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ طَلَاقًا ﴾

فيقع رجعيًا . فإذا رد العوض - وقلنا : الخلع طلاق - وقع الطلاق بغير عوض فهو رجعي .

وإن قلنا : هو فسخ - ولم ينو به الطلاق - لم يقع شيء ، لأن الخلع بغير عوض لا يقع ، على إحدى الروايتين .

وعلى الرواية الأخرى : إذا رضي بالفسخ هنا بالعوض ، فإذا لم يحصل العوض لم يحصل المعوض .

وقيل : يقع بائنًا - إن قلنا : يصح الخلع بغير عوض - وهو تخريج المصنف ، والشارح ، من مذهب الإمام مالك رحمه الله .

الحكم آخر : قوله ﴿ وَيَجُوزُ الْخُلْعُ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ يَصِحُّ طَلَاقُهُ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا ﴾ بلا نزاع .

وأبى ، إذا تخالع الذميان على محرم ، عند تخالع المسلمين عليه .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ : دُفِعَ الْمَالُ إِلَى وَلِيِّهِ . وَإِنْ كَانَ عَبْدًا ، دُفِعَ إِلَى سَيِّدِهِ ﴾ .

هذا المذهب ، اختاره المصنف ، والشارح .

قال أبو المعالي في النهاية : هذا أصح . واختاره ابن عبدوس في تذكرته وجزم به في البلغة ، وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

وقال القاضي : يصح القبض من كل من يصح خلعه .

فعلى هذا : يصح قبض المحجور عليه ، والعبد وقاله لإمام أحمد في العبد .
وصححه الناظم .

قال في الفروع : ومن صح خلعه : قبض عوضه ، عند القاضي . انتهى
وحرم به في المنور وقدمه في المحرر ، وتجريد العناية .
وسيأتي في أول كتاب الطلاق أحكام طلاقه

فائدة : في صحة خلع المميز وجهان .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والنكت ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

أحدهما : يصح وهو المذهب حرم به في تجريد العناية ، وغيره .
وقدمه في الفروع ، وغيره وهو ظاهر كلام المصنف المتقدم

والثاني . لا يصح . حرم به في المنور ، وغيره وقدمه في المحرر ، والنظم .
والخلاف هنا مبني على طلاقه ، على ما يأتي .

وظاهر الهداية ، والمذهب ، والرعايتين : عدم البناء . لأنهم أطلقوا الخلاف هنا وقدموا هناك لوقوع

قلت : لو قيل بالعكس لكان أوجه

قوله ﴿ وهَلْ لِلأَبِ خُلْعُ زَوْجَةِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ ، أَوْ طَلاقُهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب

إحداهما : ليس له ذلك وهو المذهب صححه في التصحيح
وحرم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمي ، وغيرهم .
وقدمه في الفروع
ذكره في أول كتاب الطلاق .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

والرواية الثانية : له ذلك .

قال أبو بكر : والعمل عندى على جواز ذلك .

وذكر فى الترغيب : أنها أشهر فى المذهب .

وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنها ظاهر المذهب

قال فى الخلاصة : وله ذلك على الأصح .

واختارها ابن عبدوس فى تذكرته . ونصرها القاضى ، وأصحابه .

وجزم به ناظم المفردات وهو منهم

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم فى أبى المحنون ، وسيد الصغير ، والمجنون . خلافا ومذهبا . وصحة خلع أبى المجنون وطلاقه من المفردات .

الثانية : نص الإمام أحمد رحمه الله — فيمن قال « طلق متى وأنت برىء من مهرها » فمضى — بانت ولم يبرأ ويرجع على الأب قاله فى الفروع

وحمله القاضى ، وغيره : على حلول الزوج ، وإلا فالخلع بلا عوض .

ولو كان قوله « طلقها إن برئت منه » لم تطلق

وقال فى الرعاية : ومن قال « طلق متى وأنت برىء من صداقها » فطلق : بانت ولم يبرأ . نص عليه . ولا يرجع هو على الأب

وعنه : يرجع بما غرم . وهى وجه فى الحاوى .

وقيل : إن لم يرجع فطلاقه رجعى

وإن قال « إن أبرأتنى أنت منه فهى طالق » فأبرأه : لم تطلق

وقيل : بلى ، إن أراد لفظ الإبراء

قلت : أو صح عفوه عنه لصغره ، و بطلاقها قبل الدخول ، والإذن فيه - إن قلنا : عقدة النكاح بيده - وإن قال « قد طلقتها إن أبرأتني منه » فأبرأه : طلقت . نص عليه .

وقيل : إن عفا فسد برائه فلا انتهى

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : أن غير الأب ليس له أن يطلق على الابن الصغير وهو صحيح وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب

وقال في الفروع : ويتوجه أن يملك طلاقه ، إن ملك تزويجه قال : وهو قول ابن عقيل فيما أظن

وتقدم « هل يزوج الوصي الصغير أم لا ؟ وهل - غير الأب والوصي - تزويجه أم لا ؟ » في مكاتبين من باب أركان النكاح

أحدهما عند قوله « وَوَصِيُّهُ فِي النِّكَاحِ كَمَالِهِ »

والثاني : عند قوله « ولا يجوز لغير الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها »

قوله (وَلَيْسَ لَهُ خَلْعُ ابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهَا)

هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم

وعليه : لو فعل كان الضمان عليه نص عليه في رواية محمد بن الحكم

وقيل : له ذلك وهو رواية في المنهج .

قال أبو الفرج - فيمن زوج ابنه الصغير بصغيرة . وبذل أبوه - هل ترى في صحتها وطلاقها عليهما شيئاً ؟ قال : فيه اختلاف ، وأرجو ولا يرد به شيء .

قال أبو بكر : والعمل عندي على جواز ذلك منهما عليهما

قال المصنف في المغني ، والشارح : ويحتمل أن تملك ذلك إذا رأى لها فيه المصلحة والحظ

قلت : هذا هو الصواب .

قال في القاعدة الرابعة والخمسين بعد المائة : وكذلك أشار إليه ابن عقيل في الفصول

واختار في الرعاية : أن ما صح عفو الأب عنه فهو كخلعه به ، وما لا فلا

قوله (وَهَلْ يَصِحُّ الْخُلْعُ مَعَ الزَّوْجَةِ ؟) .

بلا خلاف (وَمَعَ الْأَجْنَبِيِّ)

على الصحيح من المذهب إذا صح بدله

قال في الفروع : والأصح يصح من غير الزوجة . واختاره ابن عبدوس في تذكرته ، وغيره

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وقيل : لا يصح مع الأجنبي ، إذا قلنا : إنه فسخ .

وقيل : لا يصح مطلقاً . ذكره في الرعايتين

فعلى المذهب : يقول الأجنبي له « اخلع » أو « خالع زوجتك على ألف » أو « على سلعتي هذه » وكذا إن قال « على مهرها » أو سلعتها ، وأنا ضامن » أو « على ألف في ذمتها ، وأنا ضامن » فيجيبه إليه فيصح منه . ويلزم الأجنبي وحده بدل العوض

فإن لم يضمن — حيث سمى العوض منها — لم يصح الخلع . قاله في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي ، والفروع ، وغيرهم .

قوله ﴿ فَإِنْ خَالَعَتِ الْأَمَةُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا عَلَى شَيْءٍ مَعْلُومٍ: كَانَ فِي ذِمَّتِهَا، تُتْبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ ﴾ .

جزم المصنف هنا بصحة خلع الأمة بغير إذن سيدها

وجزم به الخرقي ، وصاحب الجامع الصغير ، والشريف ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والكافي ، والترغيب ، ومنتخب الأدمي .

قال في القواعد الأصولية : وهو مشكل . إذ المذهب . لا يصح تصرف العبد في ذمته بغير إذن سيده .

وقيل : لا يصح بدون إذن سيدها ، كما لو منعها فخالعت . وهو المذهب . صححه في النظم

قال في تجريد العناية : لا يصح في الأظهر . وجزم به من عبدوس في تذكرته . وجزم به في الوجيز ، والمنور .

وهو ظاهر ما جزم به في الصداق . وبه قال : ولا يصح بدل العوض إلا من يصح تصرفه في المال

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع .

وهذه من جملة ما جزم به المصنف في كتبه الثلاثة . وما هو المذهب .

وتخرج وجه ثالث ، وهو : أنه إن خالعته على شيء في ذمتها : صح . وإن خالعته على شيء في يدها . لم يصح . ذكره ابن الزاغوني

فعلى الأول : تتبع بالعوض بعد عتقها . قاله الخرقي .

وقدم به المصنف هنا ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وعنه : تعلق برقبتها . وأطلقهما في الفروع .

وخير في الرعاية الكبرى : تتبع بمهر المثل .

وقال المصنف ، والشارح : إن وقع على شيء في الذمة تعلق بذمتها وإن وقع على عين : فقياس المذهب ، أنه لا شيء له

قالا : ولأنه إذا علم أنها أمة ، فقد علم أنها لا تملك العين فيكون راضياً بغير عوض .

قال الزركشي : فيلزم من هذا التعليل بطلان الخلع على المشهور ، لوقوعه بغير عوض

فائدة : يصح خلع الأمة بإذن سيدها بلا نزاع

والعوض فيه كذمتها بإذن سيدها على ما تقدم في آخر باب الحجر « هل تتعلق بذمة السيد ، أو برقبتها ؟ »

قوله (وإنْ خالعتْهُ المحجورُ عليها : لمْ يصحّ الخُلعُ) .

هذا المذهب سواء أذن لها الولي أو لا ولأنه لا إذن له في التبرع ، وصححه في الفروع ، وغيره .

وجزم به في المغني ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، وغيرهم .

وقيل : يصح إذا أذن لها الولي

قلت : إن كان فيه مصلحة : صح بإذنه وإلا فلا .

قوله (وإنْ خالعتْهُ المحجورُ عليها : لمْ يصحّ الخُلعُ . ووقعَ طلاقُهُ رجعيًّا) .

يعني : إذا وقع بلفظ « الطلاق » أو نوى به الطلاق

فأما إن وقع بلفظ « الخلع ، أو الفسخ ، أو المفاداة » ولم ينو به الطلاق ، فهو كالخلع بغير عوض وسيأتي حكمه

وقال المصنف في المغني ، والشارح . ويحتمل أن لا يقع الخلع هنا لأنه إنما رضي به بعوض . ولم يحصل له . ولا أمكن الرجوع في بدله .

ومراده بوقوع الطلاق رجعيًّا : إذا كان دون الثلاث . وهو واضح

تنبيه : مراده بالمحجور عليه : المحجور عليه للسفه ، أو الصغر ، أو الجنون

أما المحجور عليه للفلس : فإنه يصح خلعه ، ويرجع عليه بالعوض إذا فك عنه الحجر ، ويسترد . قطع به المصنف ، والشارح ، وغيرهما

قوله (والخُلْعُ طلاقٌ بائنٌ ، إلَّا أنْ يقعَ بلفظِ « الخُلْعِ ، أو الفَسْخِ ، أو المُفاداةِ » ولا ينوي به الطلاق : فيكونُ فسخًا لا ينقُصُ به عددُ الطلاقِ في إحدى الرِّوايتينِ) .

الصحيح من المذهب : أن الخلع فسخ لا ينقص به عدد الطلاق ، بشرطه الآتي . وعليه جماهير الأصحاب

قال الزركشي : هذه رواية هي المشهورة في المذهب ، واختيار عامة الأصحاب متقدمهم ومتأخرهم

قال في الخلاصة : فهو فسخ في الأصح

قال في النصة : هذا المشهور

قال في المحرر ، والحاوي الصغير : وهو الأصح

قال في تجريد العناية : هذا الأظهر . واختاره من عندوس في بدائعه

وجزم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمي . ونظم المفردات ، وغيرهم .

وقدمه في الرعايتين ، وإدراك الغاية ، والفروع ، وغيرهم

وهو من مفردات المذهب

والرواية الثانية : أنه طلاق بائن بكل حال

وقدمه في المحرر ، والحاوي

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والمغني ، والكافي ، والهادي ، والشرح ، وغيرهم

تنبيه: من شرط وقوع الخلع فسخاً أن لا ينوي به الطلاق، كما قال المصنف

فإن نوى به الطلاق، وقع طلاقاً على الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم

وعنه: هو فسخ، ولو نوى به الطلاق، اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله

ومن شرط وقوع الخلع فسخاً أيضاً: أن لا يوقعه بصريح الطلاق

فإن أوقعه بصريح الطلاق، كان طلاقاً على الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم

وقيل: هو فسخ، ولو أتى بصريح الطلاق أيضاً إذا كان بعوض

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله أيضاً

وقال: عليه دل كلام الإمام أحمد رحمه الله، وقدمه أصحابه

قال في الفروع: ومراده ما قال عبد الله «رأيت أبي كان يذهب إلى قول ابن عباس رضي الله عنهما» وابن عباس صح عنه أنه قال «ما أجازه المال فليس بطلاق»

وصح عنه أنه قال «الخلع تفريق، وليس بطلاق»

قال في الفروع: والخلع بصريح طلاق، أو نية، طلاق بائن

وعنه: مطلقاً، وقيل: عكسه

وعنه: بصريح خلع، فسخ لا ينقص عدداً

وعنه عكسه بنية طلاق، انتهى

فوائد

إحداها: للخلع ألفاظ صريحة في الخلع، وألفاظ كناية فيه

فصريحه: لفظ «الخلع» و«المفاداة» بلا نزاع.

وكذا «الفسخ» على الصحيح من المذهب، كما جزم به المصنف هنا

وجزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة،

والمغني ، والكافي ، والهدى ، والمقنعة ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، والزركشي ، وغيرهم

وقدمه في الرعاية الكبرى ، والفروع .

وقيل : هو كناية .

وفي الواضح : وجه ليس بكناية

وأما كنايته فالإبانة بلا نزاع نحو « أبنتك » والبتة على الصحيح من المذهب . نحو « بائنك » و « أبرأتك » حرم به في المستوعب ، والمغني ، والكافي ، والشرح ، والزركشي ، والرعايتين . وقدمه في الفروع .

وفي الرعايتين ، والحاوي ، وتذكرة ابن عبدوس « المبرأة »

وقال في الروضة صريحه خلع ، أو فسخ ، أو مفادات ، أو برأتك »

الثانية : إذا طلبت الخلع ، وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع ، أو كنايته : صح الخلع من غير نية لأن دلالة الحال — من سؤال الخلع ، وبذل العوض — صارفة إليه فأغنى عن النية

وإن لم تكن دلالة حال . وأتى بصريح خلع وقع من غير نية نحو « قد : هو فسخ ، أو طلاق

وإن أتى بكناية : لم يقع إلا بنية ممن ينطلق منهما ، ككنايات الطلاق مع صريحه قاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وقال في الرعاية فإن سألته الخلع بصريح فأجابها بصريح وقع ، وإلا وقف على نية من أي منهما بكناية

الثالثة : تصح بترجمة خلع بكل لغة من أهلها قاله في الرعاية

الرابعة : قال الأدمي في نهايته : يتفرع على قوله « الخلع فسخ ، أو طلاق » مسألة مايد قال « حالفت يدك . أو رجلك على كذا » فقلت

فإن قلنا: الخلع فسخ لا يصح ذلك. وإن قلنا: هو طلاق صح، كما لو أضاف الطلاق إلى يدها، أو رجلها.

[الخامسة: نقل الخراجي - في حاشيته على الفروع - أن ابن أبي المجد يوسف نقل عن شيخه الشيخ تقي الدين رحمه الله، أنه قال: تصح الإقالة في الخلع وفي عوضه كالبيع وثمنه، لانهما كهما في غالب أحكامهما - من عدم تعليقهما، واشتراط العوض، والمجلس، ونحو ذلك.

وقياسه الطلاق بعوض، وأنه إن أريد به أن تبطل البينونة، أو الطلاق: ففيه نظر ظاهر، كما أنكره عليه فيه صاحب الفروع في غيره.

وقال به في بعض مناظراته: إنك أخطأت في النقل عن شيخنا المذكور.

وإن أريد بقاؤهما دون الفرض، وأنه يرجع إلى الزوجة، أو تبرأ منه، ولا يحل له إلا بعقد جديد - فمسلم كعتق على مال وعقد نكاح، وصلح عن دم عمد على مال ونحوها، ولمن جهل خروج العوض، أو البضع.

وعنه: حيا في الأول فقط في الأصح فيهما، إذ لا إقالة في الطلاق للخبر فيه.

وقيس عليه نحوه.

ويقبل قوله فيه بيمينه إن جهله مثله، لأنه مال، وإلا فلا، فهو حينئذ تبرع له، أو للسائل غيره بالعوض المذكور، أو بنظيره] (١)

قوله ﴿ وَلَا يَقَعُ بِالْمُعْتَدَّةِ مِنَ الْخُلْعِ، طَلَاقٌ وَلَوْ وَاجَهَهَا بِهِ ﴾.

هذا المذهب، وعليه الأصحاب.

وقال في الترغيب: لا تقع المعتدة من الخلع طلاق، ولو واجهها به، إلا إن قلنا: هو طلقة، ويكون بلا عوض [ويكون بعد الدخول أيضاً] (٢) وقاله في الرعاية الصغرى.

---

(١) الزيادة بين المربعين من نسخة الشيخ عبد الله.

قوله ﴿ فإنْ شَرَطَ الرَّجْعَةَ فِي الْخُلْعِ : لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب ، اختاره ابن حامد . وصححه في التصحيح .

وجزم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجي ، وغيرهم

وقدمه في الخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين

وفي الأخرى : يصح الشرط ، ويبطل العوض فيقع رجعيًا .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والشرح ، وشرح ابن منجا

فعلى المذهب يستحق المسمى في الخلع على الصحيح من المذهب قدمه في المحرر ، والنظم ، والفروع وهو احتمال في المغني ، والشرح

وقيل : يعود المسمى ويجب مهر مثلها اختاره القاضي .

وقدمه ابن منجا في شرحه

فائدة : لو شرط الخيار في الخلع : صح الخلع ، ولغا الشرط

قوله ﴿ وَلَا يَصِحُّ الْخُلْعُ إلَّا بِعِوَضٍ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وكذا قال في المستوعب وصححه في النظم ، وزاد العلامة وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب ـ القاضي ، وعامة أصحابه منهم الشريف ، وأبو الخطاب والشيرازي ـ قاله الزركشي

واختاره ابن عبدوس في تذكرته

وجزم به في الوجيز وقدمه في المحرر ، والكافي ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

والأخرى : يصح بغير عوض اختاره الخرقي ، وابن عقيل في التذكرة .

وجعله الشيخ تقي الدين رحمه الله كعقد البيع حتى في الإقالة ، وأنه لا يجوز بذل كل فسخًا بلا عوض إجماعًا .

واختلف فيه كلامه في الانتصار .

وظاهر كلام جماعة : جوازه ، قاله في الفروع

قوله ﴿ فإنْ خالعها بغيرِ عوضٍ : لَمْ يَقَعْ ، إلاّ أنْ يَكُونَ طَلاقًا فَيَقَعَ رَجْعِيًّا ﴾ .

يعني : إلا أن ينوي بالخلع الطلاق ، أو يقول : الخلع طلاق

تنبيه : فعلى الرواية الثانية ـ التي هي اختيار الخرقي ومن تابعه ـ لا بد من السؤال ، وهو ظاهر كلام الخرقي ، فإنه قال : ولو خالعها على غير عوض ، كان خلعاً ولا شيء له .

قال الأصفهاني : ما ذكره ما إذا سألته ، فأما إذا لم تسأله ، وقال لها : خالعتك ، فإنه يكون كناية في الطلاق لا غير . انتهى

قال أبو بكر : لا خلاف عن أبي عبد الله أن الخلع ما كان من قبل النساء ، فإذا كان من قبل الرجال ، فلا نزاع في أنه طلاق تملك به الرجعة ، ولا يكون فسخاً ، ويأتي بعد هذا ما يدل عليه

فائدة : لا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج ، فلا بد من الإيجاب والقبول في المجلس

قال القاضي : هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون ، وقد أومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله ، وقدمه في المغني ، والشرح ، والرعايتين ، والفروع ، والحاوي الصغير وجزم به ابن عبدوس في تذكرته

وذهب أبو حفص العكبري ، وابن شهاب إلى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض .

وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبرا .

واعترض عليه أبو الحسين بن هرمز ، واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا . قاله القاضي

قال في الرعايتين ، والحاوي ، وقيل : يتم بقبول الزوج وحده ، إن صح بلا عوض . وهو رواية في الفروع

قوله ﴿ وَلَا يُسْتَحَبُّ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا . فَإِنْ فَعَلَ : كُرِهَ ، وَصَحَّ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشي : هذا المنصوص ، والمختار ، لعامة الأصحاب . وصححه الناظم وغيره . وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الفروع ، وغيره . واختاره ابن عبدوس في تذكرته ، وغيره .

وهو من مفردات المذهب

وقال أبو بكر : لا يجوز ، ويرد الزيادة وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله

قوله ﴿ وإِنْ خَالَعَهَا بِمُحَرَّمٍ - كَالْخَمْرِ ، وَالْحُرِّ - فَهُوَ كَالْخُلْعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ ﴾

يعني : إذا كانا يعلمان تحريم ذلك . فإنهما إذا كانا لا يعلمان ذلك ، فلا شيء له . وهو كالخلع بغير عوض ، على ما مر . وهذا هو الصحيح من المذهب .

جزم به في المغني ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم

واختاره أبو الخطاب في الهداية

قال في القواعد . هو قول أبي بكر ، والقاضي ، والأصحاب

فإذا صححناه ، يلزم الزوج شيء ، بخلاف النكاح على ذلك

وعند الشيخ تقي الدين رحمه الله : يرجع إلى المهر كالنكاح . انتهى

وقال الزركشي : إذا كانا يعلمان أنه حر أو مغصوب ، فإنه لا شيء له

بلا ريب . لكن هل يصح الخلع ، أو يكون كالخلع بغير عوض ؟ فيه طريقان للأصحاب

الأولى : طريقة القاضي في الجامع الصغير ، وابن البناء ، وابن عقيل في التذكرة

والثانية : طريقة الشريف ، وأبي الخطاب في خلافيهما ، والشيرازي ، والشيخين انتهى

قلت : وهذه الطريقة هي المذهب كما تقدم

والطريقة الأولى : قدمها في الرعايتين ، والحاوي ، والخلاصة

فعليها تبين مجانا

فائدتان

احداهما : لو جهل التحريم ، صح وكان له بدله قاله في الرعايتين .

الثانية : إذا تخالع كافران بمحرم بعلمائه ، ثم أسلما ـ أو أحدهما ـ قبل قبضه فلا شيء له على الصحيح من المذهب اختاره القاضي في الجامع ، وابن عبدوس في تذكرته وجزم به في المنور وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وقيل له قيمته عند أهله اختاره المصنف ، وغيره

وقيل له مهر مثل اختاره القاضي في المجرد .

قوله ﴿ وإنْ خالعها على عبدٍ فبانَ حُرًّا ، أوْ مُسْتحقًّا . فلهُ قيمتُهُ عليها ﴾

يعني إذا لم يكن مثليًّا فإن كان مثليًّا فله مثله ويصح الخلع على الصحيح من المذهب .

قال في الرعايتين : يصح الخلع على الأصح . وقطع به المصنف في المغني ، والشارح ، وصاحب الحاوي الصغير ، وغيرهم

وعنه : لا يصح الخلع . ذكرها في الرعايتين

قوله (وإن بان مَعِيبًا . فَلَهُ أَرْشُهُ ، أَوْ قِيمَتُهُ وَيَرُدُّهُ) .

فهو بالخيرة في ذلك ، تعيينًا للمعاوضة . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به في المغني ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه الزركشي

وعنه : لا أرش له مع الإمساك . كالرواية التي في البيع ، والصداق .

تنبيه : قوله (فَبَانَ حُرًّا ، أَوْ مُسْتَحَقًّا)

يحترز عما إذا كان يعلمان ذلك . فإنه لا شيء له

وهل يصح الخلع ، أو يكون كالخلع بغير عوض ؟ فيه طريقان

الأول : طريق القاضي في الجامع الصغير ، وابن البنا ، وابن عقيل في التذكرة

والثاني : طريق الشريف ، وأبي الخطاب ، والشيرازي ، والمصنف ، والمجد وغيرهم

قوله (وإنْ خالعها على رضاعِ ولدِهِ عامَيْنِ ، أَوْ سُكْنَى دارٍ صَحَّ . فَإِنْ مات الولدُ ، أو خَرِبَتِ الدَّارُ : رَجَعَ بِأُجْرَةِ باقِي الْمُدَّةِ)

من أجرة الرضاع والدار . وهذا المذهب . جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادي ، والمحرر ، والنظم ، وتذكرة ابن عبدوس ، والحاوي الصغير ، وغيرهم . وقدمه في الرعايتين

قال في المستوعب : رجع عليها بأجرة رضاعه ، أو ما بقي منها

وقيل : يرجع بأجرة مثل . جزم به في المغني ، والكافي

قال الشارح : فإذا خربت الدار : رجع عليها بأجرة باقي المدة . وتقدر بأجرة المثل

وأطلقهما في الفروع فقال: يرجع قبل بقية حقه وقيل: بأجرة المثل

فعلى المذهب: هل يرجع به دفعة واحدة، أو يستحقه يوماً فيوماً؟ فيه وجهان وأطلقهما في الفروع

أحدهما: يرجع يوماً بيوم

قلت: وهو أولى وأقرب إلى العدل وذكره القاضي في المجرد

قال المصنف، والشارح: وهو الصحيح

والثاني: يستحقه دفعة واحدة قاله القاضي في الجامع

فائدتان

إحداهما: موت المرضعة، وجفاف لبنها في أثناء المدة، كموت المرتضع في الحكم، على ما تقدم وكذا كفالة الولد مدة معينة ونفقته

لكن قال في الرعاية: لو مات في الكفالة في أثناء المدة، فإنه يرجع بقيمة كفالة مثلها لمثله

قال في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، والفروع: وفي اعتبار ذكر قدر النفقة وصفتها وجهان

قال في الرعاية الكبرى: فإن صح الإطلاق، فله نفقة مثله وقطع به في المغني، والشرح

الثالث: لو أراد الزوج أن يقيم بدل المرضع من يرضعه أو تكفله، فأبت، أو أراد هي، فأبى، لم يلزمه وإن أطلق الرضاع فحولان، أو بقيتهما

قوله ﴿ وإنْ خَالعَ الحَاملَ على نفقةِ عدّتها: صحّ ﴾

وسقطت هذا المذهب نص عليه

قال في الفروع: ويصح بنفقتها في المنصوص.

وجزم به في المغني ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير . والفروع ، وغيرهم

وعلى قول أبي بكر ، الآتي قريباً . الخلع باطل .

وقيل : إن أوجبت نفقة الزوجة بالعقد : صح وفيه روايتان .

وجزم به في الفصول ، وإلا فهو خلع بمعدوم .

قلت في القاعدة الرابعة عشر . لو اجتمعت الزوجة بمفقته . فهل يصح جعل النفقة عوضاً للجميع ؟

قال الشيرازي : إن قدر النفقة لها : صح وإن قدر للحمل : لم يصح لأنها لا تملك

وقال القاضي ، والأكثرون . يصح على الروايتين انتهى

ويأتي ذلك أيضاً في النفقات

فائدتان

إحداهما : لو خالع حاملاً ، وأبرأته من نفقة حملها ، فلا نفقة لها ، ولا للولد

حتى تضعه

نقل المروذي . إذا أبرأته من مهرها ونفقتها ، ولها ولد : فلها النفقة عليه إذا فطمته لأنها قد أبرأته مما يجب لها من النفقة فإذا فطمته : فلها طلبه بنفقته . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم منهم الخرقي .

وقال القاضي : إذا سخت المخالعة على نفقة الولد . وهي للولد دونها . لأنها في حكم المالكة لها . وبعد الوضع تأخذ أجرة رضاعه .

قلت النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ، ونحوه ـ فلا يصح أن تعاوض به ، لأنه ليس لها ولا في حكم ما هو لها

قال الزركشي . وكأنه يخصص كلام الخرقي

الثانية : يعتبر في ذلك كله الصيغة فيقول « خلعتك » أو « فسخت »

أو « فاديت على كذا » فتقول « قبلت ، أو رضيت » ويكفي ذلك ، على الصحيح من المذهب

قدمه في الفروع وقيل : وتذكره

قوله (ويصح الخلع بالمجهول)

هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب .

قال في الفروع ، وغيره : هذا المذهب وجزم به في الوجيز ، وغيره

قال الزركشي : هو المذهب المعمول به

وقال أبو بكر : لا يصح وقال : هو قياس قول الإمام أحمد رحمه الله .

وجزم به أبو محمد الجوزي . وأنه كالمهر .

والعمل والتفريع : على الأول

قوله (فإذا خالعها على ما في يدها من الدراهم ، أو ما في بيتها من المتاع : فله ما فيهما فإن لم يكن فيهما شيء : فله ثلاثة دراهم ، وأقل ما يسمى متاعا) .

إن كان في يدها شيء من الدراهم : فهي له لا يستحق غيرها

وظاهر كلامه : ولو كان دون ثلاثة دراهم وهو صحيح

وهو المذهب . وهو ظاهر ما جزم به في المحرر ، والفروع وقدمه الزركشي .

وقيل : يستحق ثلاثة دراهم كاملة .

وهما احتمالان مطلقان في المغني ، والشرح

وأما إذا لم يكن في يدها شيء ، فجزم المصنف هنا : أن له ثلاثة دراهم

وجزم به غيره ونص عليه

وقال الزركشي : الذي يظهر أن له ما في يدها . فإن لم يكن في يدها شيء فله أقل ما يتناوله الاسم انتهى .

وتأتي كلامه في المحرر.

وإذا لم يكن في بيتها متاع، فجزم المصنف هنا: أنه يلزمها أقل ما يسمى متاعاً، وهو المذهب.

جزم به في الوجيز، وقدمه في المغني، والشرح، والفروع.

وقال القاضي: يرجع عليها بصداقها.

وقاله أصحاب القاضي أيضاً، قاله المصنف، والشارح.

وقيل: إذا لم يعره، فلا شيء عليها.

قوله ﴿ وَإِنْ خالعها عَلَى حَمْلِ أَمَتِها، أَوْ ما تَحْمِلُ شَجَرَتُها: فَلَهُ ذَلِكَ. فَإِنْ لَمْ تَحْمِلا: فقال الإمام أحمد رحمه الله: تُرْضِيهِ بِشَيْءٍ ﴾.

وهو المذهب، جزم به في الوجيز، وقدمه في الفروع.

وقال القاضي: لا شيء له.

وتأول كلام الإمام أحمد «ترضيه بشيء» على الاستحباب.

وفرق بين هذه المسألة ومسألة الدراهم والمتاع، حيث يرجع هناك إذا لم يجد شيئاً، وهنا لا يرجع، وصححه في النظم، وقدمه في تجريد العناية.

وقال ابن عقيل: له مهر المثل.

وقال أبو الخطاب: له المهر المسمى لها.

وقيل: يبطل الخلع هنا، وإن صححناه في التي قبلها.

وقال في المحرر، ومن تابعه، ما معناه: وإن جعلا العوض ما لا يصح مهراً لغرر أو جهالة، صح الخلع به، إن صححنا الخلع بغير عوض، ووجب فيما لا يجهل حالاً ومآلاً — كثوب ودار ونحوهما، أدنى ما[1] يتناوله الاسم.

وأما فيما[2] يتبين في المآل — كحمل أمتها، وما تحمل شجرتها، وآبق منقطع

(١) في نسخة طلعت «أو فيما».

(٢) في نسخة طلعت «أو فيما يتبين».

خيره ، وما في بيتها من متاع ، أو ما في يدها من الدراهم — فله ما ينكشف ، ويحصل منه ولا شيء عليها لما يتبين عدمه ، إلا ما كان بمعاينتها ، كمسألة المتاع والدراهم

وأما إن قلنا باشتراط العوض في الخلع ففيه خمسة أوجه

أحدها — وهو ظاهر كلامه صحة الخلع بالمسمى ، كما سبق — لكن يجب أدنى ما يتناوله الاسم لما يتبين عدمه ، وإن لم يكن عينه ، كحمل الأمة والشجر

الثاني : صحته بمهرها فيما يجهل حالاً ومآلاً ، وصحته بالمسمى فيما يرجى تبينه ، فإن تبين عدمه : رجع إلى مهرها .

وقيل : إذا لم يعينه ، فلا شيء عليها

الثالث : فساد المسمى ، وصحة الخلع بقدر مهرها

[وقيل : إذا لم يعينه فلا شيء عليها (١)

الرابع : بطلان الخلع ، قاله أبو بكر

الخامس : بطلانه بالمعدوم وقت العقد ، كما يحمل شجرها ، وصحته مع الموجود عيناً ، أو ظناً

ثم هل يجب المسمى أو قدر المهر ، أو يفرق بين التبين مآلاً ، وبين غيره ؟ مبني على ما سبق انتهى

قوله ﴿ فإنْ خالَعها على عبْدٍ فله أقلُّ ما يُسَمَّى عبْدًا وإنْ قالَ « إنْ أعْطَيْتِني عبْدًا فأنْتِ طالِقٌ » طلقتْ بأيِّ عبْدٍ أعْطَتْهُ إياهُ طلاقًا بائنًا ، ومَلَكَ العبْدَ نصَّ عليْه ﴾

إذا خالعها على عبد : فله أقل ما يسمى عبداً على الصحيح من المذهب جزم به في الوجيز ، وقدمه في الفروع ، والمغني ، والشرح .

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقيل : يجب مهرها .

وقال القاضي : يلزمها عبد وسط

قال في المحرر ، والفروع ، والحاوي : وإن جعلها على عبد مطلق ، فله الوسط إن قبله في الحال وإلا فله أي عبد أعطته ، أو قدر مهرها ، والخلع أباطل ؟ بني على ما سبق

وأما إذا قال لها : إن أعطيتني عبداً فأنت طالق ، فالصحيح من المذهب : أنها تطلق بأي عبد أعطته يصح تمليكه نص عليه وحرره في الوجيز ، وغيره

وقدمه في الهداية ، والمغني ، والمحرر ، والشرح ، والنظم والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وقال القاضي : يلزمها عبد وسط . فلو أعطته معيباً ، أو دون الوسط : فله رده وأخذ بدله . والبيونة بحالها

فائدتان

إحداهما : لو أعطته عبداً مدبراً ، أو معلقاً عتقه بصفة وقع الطلاق . قاله في المغني ، والشرح ، وغيرهما

الثانية : لو بان مغصوباً أو حراً - قال في الرعايتين ، والحاوي وغيرهم : أو مكاتباً - لم تطلق ، كتعليقه على هروي ، فتعطيه مروياً . قاله في الفروع وجزم به في المحرر .

وحرم به في المغني ، والشرح في موضع وقدمه في آخر وصححه في النظم ، وغيره .

وعنه : يقع الطلاق وله قيمته . قدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير

وقيل : يلزمه قدر مهرها .

وقيل : يبطل الخلع .

قال في الرعاية الكبرى : ويحتمل أن تجب قيمة الحر كأنه عبد .

وقال ابن عبدوس في تذكرته، وغيره: إن بان مكاتباً فله قيمته، وإن بان حراً، أو مغصوباً: لم تطلق كقوله «هذا العبد» انتهى

ويأتي نظيره في كلام المصنف قريباً فيما إذا قال «إن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق»

قوله ﴿ وإنْ قال: إنْ أعْطَيْتَنِي هَذا العَبْدَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَأَعْطَتْهُ إيَّاهُ. طَلُقَتْ. وَإنْ خرجَ معيباً، فلا شيء لهُ ﴾

تعييناً للشرط. هذا المذهب نص عليه.

واختاره أبو الخطاب، والمصنف، والشارح، وغيرهم

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، وغيرهم

وقيل: له رد، أخذ القيمة بصفة سليماً. اختاره القاضي

وقال في المستوعب - بعد أن قدم ما قاله المصنف - وذكر الخرقي: أنه إذا خالعها على ثوب، فخرج معيباً: أنه مخير بين أن يأخذ أرش العيب، أو قيمة الثوب ويرده. فيكون في مسألتنا كذلك. انتهى

وقال في الترغيب: في رجوعه بأرشه وجهان، وأنه لو بان مستحق الدم فقُتل: فأرش عيبه. وقيل: قيمته. نقله في الفروع.

قلت: قال في المستوعب: فإن خالعته على عبد، فوجده مباح الدم بقصاص أو غيره، فقتل، رجع عليها بأرش العيب. ذكره القاضي

وذكر ابن البنا: أنه يرجع بقيمته

قوله ﴿ وإنْ خرَجَ مغصُوباً، لَمْ يَقَعِ الطَّلاقُ ﴾

وكذا لو بان حراً. وهذا المذهب

جزم به الوجيز، وتذكرة ابن عبدوس، والمنور، وغيرهم

وقدمه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمحرر، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، وغيرهم

وعنه: يقع وله قيمته. وكذلك في التي قبلها

يعني فيما إذا قال «إن أعطيتني عبداً فأنت طالق» فأعطته عبداً مغصوباً

وجزم بهذه الرواية في الروضة، وغيرها، فقال: لو خالعته على عبد فبان حراً أو مغصوباً أو بعضه. صح ورجع بقيمته، أو قيمة ما خرج

قوله ﴿ وإن قال: إن أعطيتني ثوباً هروياً، فأنت طالق. فأعطته مروياً: لم تطلق ﴾ بلا نزاع.

قوله ﴿ وَإِنْ خَالَعَتْهُ عَلَى مَرَوِيٍّ ﴾

أن قالت «اخلعني على هذا الثوب المروي» فبان هروياً: فله الخيار بين رده وإمساكه. هذا أحد الوجهين

جزم به في الوجيز، والرعاية الكبرى

وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والشرح، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير

وعند أبي الخطاب: ليس له غيره، إن وقع الخلع [منجزاً][1] على عينه

اختاره في الهداية، وهو المذهب

[بناء على أنه][1] قدمه في المحرر، والنظم، والفروع.

[وهذا يقتضي حكاية وجهين في كل من الكتب الثلاثة في الخلع المنجز على عوض معين، إذا بانت الصفة المعينة مخالفة، وأن المقدم منهما في ذلك فيها: أنه ليس له غيره، وأن المؤخر منها فيها: أنه يخير في ذلك بين رده وإمساكه، وليس فيها - ولا في بعضها - حكايتهما في ذلك.

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله.

بل في المختار، والنظم - في باب الصداق -: أنه إذا ظهر فيه على عيب، أو نقص صفة شرطت فيه: أنه يخير بين الأرش - يعني: مع الإمساك - أو الرد وأخذ القيمة كاملة.

ثم حكوا رواية أخرى بأنه لا أرش مع إمساكه، ولم يحكوا غيره في الباب المذكور.

ثم ذكرا - في باب الخلع - مسألة الصداق المعلق على عوض معين، وقدما أنه لا شيء له غيره إن بان بخلاف الصفة المعينة.

ثم حكيا قولاً بأن له رده، وأخذ قيمته الصفة، سليماً، كما لو نجز الخلع عليه.

ومقتضى هذا أنه لا خلاف عندهما في الخلع المنجز، وأنه يخير بين ما ذكر، سواء كان بلفظ «الخلع» أو «الطلاق».

وفي الفروع - في باب الصداق - أنه إن بان عوض الخلع المنجز معيناً، أو ناقصاً صفة شرطت فيه، أن حكمه حكم المبيع، واقتصر على ذلك.

ومقتضاه أنه يخير إذا وجده معيناً أو ناقصاً - كما ذكر - بين إمساكه ورده.

ولم يتعرض للمسألة في باب الخلع، اكتفاء بما ذكره في باب الصداق.

فهذا هو المجزوم به فيها في الكتب الثلاثة، مع الجزم به أيضاً في الوجيز، والرعاية الكبرى، والمقدم من الوجهين المذكورين في الهداية، والمستوعب، والمغني، والشرح، والرعاية الصغرى وغيرها.

والوجه الآخر: إنما هو اختيار لأبي الخطاب في الهداية، كما حكاه عنه فيها جماعة من الأصحاب.

فتبين بذلك أن المذهب منهما فيها حينئذ هو الوجه الأول، الذي جزم به بعض الأصحاب، وقدمه بعضهم أيضاً، منهم المؤلف.

لا أنه هو الوجه الثاني منهما عنده، وجزم به في بعض كتبه، تبعاً لغيره.

والله أعلم.(١)

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله.

قوله (إذا قَالَ « إنْ أَعْطَيْتِينِي، أَوْ إذَا أَعْطَيْتِينِي، أَوْ مَتَى أَعْطَيْتِينِي أَلْفًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ » كَانَ عَلَى التَّرَاخِي، أَيَّ وقتٍ أَعْطَتْهُ أَلْفًا، طَلُقَتْ)

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب لأن الشرط لازم من جهته لا يصح إبطاله .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ليس بلازم من جهته ، كالكتابة عنده .

ووافق على شرط محض كقوله « إن قدم زيد فأنت طالق »

وقال : التعليق الذي يقصد به إيقاع الجزاء : إن كان معاوضة ، فهو معاوضة . ثم إن كانت لازمة : فلازم ، وإلا فلا . فلا يلزم الخلع قبل القبول ، ولا الكتابة

وقول من قال : التعليق لازم دعوى مجردة . انتهى

وتأتي هذا وغيره في أوائل باب تعليق الطلاق بالشروط

تنبيه : مراده بقوله « أي وقت أعطته ألفاً طلقت » بحيث يمكنه قبضه ، صرح به في المنتخب ، والمغني ، والشرح ، وغيرهم

ومراده : أن تكون الألف وازنة بإحضاره ، ولو كانت ناقصة بالعدد وازنتها في قبضه وملكه

وفي الترغيب وجهان ، في « إن أقبضتيني » فأحضرته ، ولم تقبضه ، فلو قبضه فهل تملكه فيقع الطلاق بائناً أم لا تملكه فيقع رجعياً ؟ فيه احتمالان وأطلقهما في الفروع

قلت الصواب : أنه يكون بائناً بالشرط المتقدم

وقيل : يكفي عدد متفق برأسه ، بلا وزن ، لحصول المقصود . فلا يكفي وازنة ناقصة عدداً . وهو احتمال في المغني ، والشرح .

قلت : وهذا القول هو المعروف في زمننا وغيره

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله في الزكاة : يقويه .

والسبيكة لا تسمى دراهم .

قوله « وإن قالت « اخلعني بألف ، أو على ألف » أو « طلقني بألف ، أو على ألف » » .

وكذا لو قالت « ولك ألف » أو « طلقني » أو « إن طلقتني فلك عليّ ألف » فقبل : بانت

هذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب

وقيل : يشترط من الزوج أيضاً ذكر العوض واستحقاق الألف

يعني : من غالب نقد البلد

فوائد

الأولى : يشترط في ذلك أن يجيبه على الفور على الصحيح من المذهب .

وهو ظاهر كلام المصنف لقوله « فقبل » وقدمه في الفروع

وقيده بالمجلس في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

وقدمه في الرعاية الكبرى ، فقال : بانت ، إن كان في المجلس وإلا لم تقع شيء .

وقيل : إن قالت « اخلعني بألف » فقال في المجلس « طلقتك » طلقت بخلعه انتهى

وقيده بالمجلس أيضاً في الترغيب في قوله « إن ضمني ذلك ألف » فقال « خلعتك » أو « طلقتك » انتهى

وقيل : لا تشترط الفورية بل تكون على التراخي وجزم به في المنتخب

الثانية : هذا أن ترجع قبل أن تجيبه فإنه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي ، وغيرهم وقدمه في الفروع .

وقيل : ثبت حكم المجلس فيمتنع من قبض العوض ليقع رجعياً

وقال في الترغيب : في « خلعتك » أو « اختلعي » ونحوهما ، على كذا : يعتبر

القبول في المجلس، إن قلنا الخلع فسخ بعوض، وإن قلنا: هو فسخ بنية مجرد: فكالإبراء والإسقاط، لا يعتبر فيه قبول ولا عوض. فتبين بقوله «فسخت» أو «خلعت».

الثالثة: لا يصح تعليقه بقوله «إن بذلت لي كذا فقد خلعتك» قاله في الفروع.

وقال في «باب الشروط في البيع» ويصح تعليق الفسخ بشرط، ذكره في التعليق، والمنهج.

وذكر أبو الخطاب والشيخ: لا.

قال في الرعاية — فيما إذا أجره كل شهر بدرهم، إذا مضى شهر فقد فسخها — أنه يصح، كتعليق الخلع، وهو فسخ على الأصح. انتهى.

قال ابن نصر الله في حواشيه: عدم الصحة أظهر، لأن الخلع عقد معاوضة يتوقف على رضى المتعاقدين، فلا يصح تعليقه بشرط كالبيع. انتهى.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وقولها «إن طلقتني فلك كذا، أو أنت بريء منه» كـ«إن طلقتني فلك عليّ ألف» وأولى.

وليس فيه النزاع في تعليق البراءة بشرط.

أما لو التزم دينًا، لا على وجه المعاوضة، كـ«إن تزوجت فلك في ذمتي ألف» أو «جعلت لك في ذمتي ألفًا» لم يلزمه عند الجمهور.

قال القاضي محب الدين بن نصر الله، في حواشي الفروع: وقوله «لا يصح تعليقه بقوله: إن بذلت لي كذا» قد ذكر المصنف في القسم الثاني من الشروط في البيع ما نصه: ويصح تعليق الفسخ بشرط، ذكره في التعليق، والمنهج.

وذكر أبو الخطاب والشيخ تقي الدين رحمه الله: لا يصح.

قال صاحب الرعاية — فيما إذا أجره كل شهر بدرهم، إذا مضى شهر فقد فسخها —: أنه يصح، كتعليق الخلع، وهو فسخ على الأصح. انتهى.

فأقر صاحب الرعاية هناك ، ولم يتعقبه

وجزم هنا بعدم الصحة وهو الأظهر ، كما قاله ابن نصر الله ، وعلله بأن الخلع عقد معاوضة ، يتوقف على رضى المتعاوضين ، فلم يصح تعليقه بشرط كالبيع .

الرابعة : وقالت « طلقني بألف إلى شهر » فطلقها قبله فلا شيء له ، نص عليه . وإن قالت « من الآن إلى شهر » فطلقها قبله ، استحقه على الصحيح من المذهب . وذكر القاضي أنه يستحق منها مثلها

الخامسة : لو قالت « طلقني بألف » فقال « خلعتك » فإن قلنا هو طلاق استحقه ، وإلا لم يصح . هذا هو الصحيح من المذهب

وقيل : هو خلع بلا عوض

وتقدم كلامه في الرعاية الكبرى

وقال في الروضة : يصح . وله العوض لأن القصد أن تملك نفسها بالطلقة . وقد حصل بالخلع

وعكس المسألة : إن قالت « خلعني بألف » فقال « طلقتك » يستحقها إن قلنا هو طلاق ، وإلا فوجهان

وأطلقهما في الفروع

وهما احتمالان مطلقان في المغني ، والشرح .

أحدهما : لا يستحق شيئاً وهو الصواب . وقدمه ابن رزين في شرحه

قال في الرعاية الكبرى ، وقيل : إن قالت « خلعني بألف » فقال في المجلس « طلقتك » طلقت مجاناً كما تقدم

فإن لم يستحق ، ففي وقوعه رجعياً احتمالان . وأطلقهما في الفروع ، والمغني ، والشرح

قلت : الصواب أنه يقع رجعياً

وعلى القول الآخر : لا يقع بها شيء

قوله (وإنْ قالتْ « طلقني واحدةً بألفٍ » فطلقها ثلاثًا : استحقها)

هذا مذهب معلقٌ . وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به في المغني ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم وقدمه في الفروع

وقيل : إن قال « أنت طالق ثلاثًا بألف » استحق ثلث الألف فقط

وقال ابن عبدوس في تذكرته : وإن قالت « طلقني واحدة بألف » أو « على ألف » فقال « أنت طالق ثلاثا بألف » أحدها ، ولأقوى ، إن رضيت بأحدها ، وإن أبت : لم تطلق . انتهى

تنبيه : وكذا الحكم لو طلقها نصفين قاله في الرعاية

فائدة : لو قالت « طلقني واحدة بألف » فقال « أنت طالق ، وطالق ، وطالق » بانت بالأولى . على الصحيح من المذهب قدمه في الفروع

وجزم به ابن عبدوس في تذكرته ، واختاره القاضي في المجرد

قلت : فيعايى به

وقيل : تطلق ثلاثا

قلت : هذا موافق لقواعد المذهب ، ولا أعلم مشكلا عليه

قلت في القواعد الأصولية : لو قالت له زوجته التي لم يدخل بها « طلقني بألف » فقال « أنت طالق ، وطالق ، وطالق » فقال القاضي في المجرد : تطلق هذا واحدة . وما قاله في المجرد بعيد على قاعدة المذهب

وجزم به في الجامع الكبير ، فقال : تطلق هذا ثلاثا ، بناء على قاعدة المذهب أن الواو لمطلق الجمع .

ثم نقض ، فذكر في بقيته : أنها تطلق واحدة

ومن الأصحاب من وافقه في بعض الصور ، وجزم به في بعضها

ومنهم من قال : ما قاله سهو على المذهب . ولا فرق عندنا بين قوله « أنت طالق ثلاثا » وبين قوله « أنت طالق وطالق وطالق »

وهو طريق صاحب المحرر في تعليقه على الهداية انتهى

فعلى المذهب : لو ذكر الألف عقب الثانية بانت بها والأولى رجعية وبعث الثالثة

قوله (وإنْ قالتْ « طلقني ثلاثاً بألفٍ » فطلَّقها واحدةً : لمْ يستحقَّ شيئاً ووقعتْ رجعيةً)

هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب . وهو من مفردات المذهب

(ويحتمل أنْ يستحقَّ ثلثَ الألفِ)

وهو لأبي الخطاب . وهو رواية في التبصرة وتقع بائنة

قوله (وإنْ لمْ يكنْ بقي منْ طلاقها إلاّ واحدةً . ففعل : استحقَّ الألفَ ، علمتْ أوْ لمْ تعلمْ) .

هذا المذهب وعليه الأصحاب . قاله المصنف ، والشارح

(ويحتمل أنْ لا يستحقَّ إلاّ ثلثَه ، إذا لمْ تعلمْ) وهو للمصنف هنا .

قوله (وإنْ كانَ لهُ امرأتانِ مكلَّفةٌ) يعني رشيدةً (وغيرُ مكلَّفةٍ)

يعني وكانت مميزة (فقال : أنتما طالقتان بألفٍ إنْ شئتما فقالتا : قدْ شئنا . لزمَ المكلَّفةَ نصفُ الألفِ وطلقتْ بائناً)

الصحيح من المذهب أنه يلزمها نصف الألف

اختاره أبو بكر ، وابن عبدوس ، في تذكرته

وجزم به في المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم

وقدمه في الخلاصة ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم

وعبد بن حامد : بقسط الألف على قدر مهريهما .

وذكره المصنف ، والشارح : ظاهر المذهب .

وأطلقهما في الهداية ، والمستوعب .

قوله ﴿ وَوقع الطلاقُ بالأُخْرَى رَجْعيًّا ، ولا شَيْءَ عليها ﴾ .

وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

وعنه : لا مشيئة لها .

فعلى هذا : لا تطلق واحدة منهما ، كما لو كانت غير مميزة .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : وكذلك المحجور عليها للسفه ، حكمها حكم غير المكلفة .

فائدتان

إحداهما : لو قالت له زوجته « طلقني بألف » فطلق إحداهما ، بانت بقسطها من الألف .

ولو قالته إحداهما : فطلاقه رجعي ، ولا شيء له . صححه في المحرر ، وقدمه في الكافي .

قال في المغني : قياس قول أصحابنا : لا تلزم الدية هنا شيء .

وقال القاضي : هي كالتي قبلها .

واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وجزم به ابن رزين في شرحه .

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، وأطلقهما في الفروع .

الثانية : لو قالت « طلقني بألف ، على أن لا تطلق ضرتي » أو « على أن تطلقها » صح شرطه وعوضه ، فإن لم تف ، استحق - في الأصح - الأقل منه ، أو المسمى ، قاله في الفروع ، وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ لامْرَأَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكِ أَلْفٌ : طَلُقَتْ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا ﴾ .

يعني : أن ذلك ليس بشرط ، ولا كالشرط على الصحيح من المذهب .

لكن إذا قبلت فتارة تقبل في المجلس ، وتارة لا تقبل

فإن قبلت في المجلس : بانت منه واستحقه . وله الرجوع قبل قبولها على الصحيح من المذهب قدمه في المحرر ، والنظم ، والفروع

وجعله المصنف — رحمه الله — في معنى « إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق » كما تقدم قريباً

وإن لم تقبل في المجلس ، فالصحيح من المذهب : أنها تطلق مجاناً رجعياً .

ولا شيء عليها نص عليه وعليه جماهير الأصحاب منهم ابن عقيل .

وجزم به في الوجيز ، والمنور ، والشرح ، وشرح ابن منجا

بل قطع به أكثر الأصحاب

[وهو ظاهر ما قدمه في الفروع ، والرعايتين ، والحاوي] .

وقيل : لا تطلق حتى تختار ذكره في الرعايتين

ولم أره في غيرهما . والظاهر : أنه التخريج

وقال القاضي : لا تطلق .

قال في الفروع : وخرج من نظيرتها في العتق : عدم الوقوع

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ « عَلَى أَلْفٍ » أَوْ « بِأَلْفٍ » فَكَذَلِكَ ﴾ .

يعني أن ذلك ليس بشرط ، ولا كالشرط . على الصحيح من المذهب .

لكن إن قبلت في المجلس : بانت منه واستحق الألف وله الرجوع قبل قبولها ، كالأولى . وهذا المذهب

قدمه في المحرر ، والنظم ، والفروع .

وحمله فى المغنى . كما لو أعطيتنى ألفاً فأنت طالق ، كما تقدم

قال فى المحرر ـ فى الصور الثلاث ـ وقيل : إذا حملناه رجعياً بلا قبول ، فكذلك إذا قبل .

وإن قيل ، فالصحيح من المذهب : أنه يقع رجعياً ولا شىء عليه . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

وحرم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى ، والفروع .

وحرم به فى القواعد فى قوله « بألف » .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَطْلُقَ حَتَّى تَخْتَارَ ، فَيَبِينَهَا الْأَلْفُ ﴾

وهو قول القاضى فى المجرد نقله عنه ابن منجا فى شرحه ، وغيره

واختاره ابن عقيل نقله عنه فى المحرر ، وغيره

وقال القاضى فى موضع من كلامه : لا تطلق . إلا إذا قال « بألف » فلا تطلق حتى تختار ذلك . واختاره الشارح

ونقل المصنف فى المغنى ، والشارح ، وابن منجا عن القاضى ، أنه قال : لاتطلق فى قوله « على ألف » حتى تختار

قال فى الفروع : وخرج عدم الوقوع من نظيرتهن فى العتق

[وقال القاضى ـ فى موضع من كلامه أيضاً ـ إنها لا تطلق إلا فى قوله هذا « أنت طالق بألف » نقله عنه فى المحرر وغيره .

وقال ابن عقيل : لا تطلق فى الصورتين الأوليين وتطلق فى الأخيرة][1]

فائدة : لاتنقلب الطلاق الرجعى بذل بدله ألف فى الخمس فى الصور الثلاث . على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقيل : على فى الصورتين الأخيرتين فقط .

قلت : فمعانى سهم

قال الشيخ فى الدين رحمه الله : مع أن « على » للشرط تفاوت .

وقال المصنف فى المغنى . ليست للشرط ولا للمصاحبة . لعدم صحة قوله « مثلك تولى على دينار » .

قوله ﴿ وإنْ خالعتْهُ فى مرضِ موتِها . فلهُ الأقلُّ مِنَ المسمّى ، أوْ ميراثُهُ مِنها ﴾

هذا المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحارثى ، والزركشى ، والوجيز ، وغيرهم

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وهو من مفردات المذهب .

وقيل إذا خالعته على مهرها فللورثة منعه ، ولو كان أقل من ميراثه منها

قوله ﴿ وإنْ طلّقها فى مرضِ موتِه ، وأوْصى لها بأكثرَ مِنْ ميراثِها : لمْ تستحقَّ أكثرَ مِنْ ميراثِها . وإنْ خالعها فى مرضِه ، أوْ حاباها . فهُو مِنْ رأسِ المالِ ﴾ .

قد تقدم فى أواخر باب العدة « إذا عوض مريض نفس المثل للوارث وغيره » و « إذا خالع وارثه أو أجنبيّ » فليعاود

قوله ﴿ وإذا وكّلَ الزوجُ فى خُلْعِ امرأتِهِ مُطلقاً فخالعَ بمهرِها فما زادَ . صحّ ﴾ بلا نزاع ﴿ وإنْ نقصَ مِنَ المهرِ . رجعَ على الوكيلِ بالنّقصِ ﴾ ويصح الخلع .

هذا المذهب ، وأحد الأقوال اختاره ابن عبدوس فى تذكرته وصححه فى الرعايتين ، وحكاه القاضى وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والحاوى الصغير ويحتمل أن يجبر بين قوله ناقصاً وبين رده وله الرجعة .

وهذا الاحتمال للقاضى ، وأبى الخطاب .

وقيل : يجب مهر مثلها . وهو احتمال للقاضى أيضاً

وقيل لا يصح الخلع وقدمه الحاكم ، وصححه وإليه ميل المصنف ، والشارح . وهو ظاهر قول ابن حامد ، والقاضى .

وأطلق الأول والأخير فى المحرر والشرح

وأطلق الأول ، والثالث ، والرابع فى الفروع والثانى لم يذكره فيه .

فائدة : لو خالع وكيله بلا مال : كان الخلع لغواً مطلقاً على الصحيح من المذهب

وقيل يصح إن صح الخلع بلا عوض ، وإلا وقع رجعياً

وأما وكيلها : فيصح خلعه بلا عوض .

قوله ﴿ وَإِنْ عَيَّنَ لَهُ العِوَضَ فَنَقَصَ مِنْهُ : لَمْ يَصِحَّ الخُلْعُ عِنْدَ ابنِ حَامِدٍ ﴾ .

وهو المذهب اختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح وصححه فى الرعايتين ، والنظم وقدمه فى الخلاصة وجزم به فى المنور .

وقال أبو بكر يصح ، ويرجع على الوكيل بالنقص

قال فى الفائدة العشرين : هذا المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا أصح . وجزم به فى الوجيز .

وأطلقهن فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والحاوى الصغير ، والفروع

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَتِ المَرْأَةُ فِى ذلك ، فَخَالَعَ بِمَهْرِهَا فَمَا دُونَ ، أَوْ بِمَا عَيَّنَتْهُ فَمَا دُونَ : صَحَّ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَإِنْ زَادَ : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

هذا أحد الأقوال . وجعله ابن منجا فى شرحه المذهب . وصححه الناظم .

ويحتمل أن يصح ، وتبطل الزيادة

يعنى : أنها لا تلزم الوكيل .

وقيل : لا تصح فى المعين ، وتصح فى غيره .

وقيل : تصح ، وتلزم الوكيل الزيادة وهو المذهب . صححه فى الرعايتين .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والحاوى الصغير ، والوجيز

وقدمه فى المغنى ، والكافى ، والشرح .

وقال القاضى فى المجرد : عليها مهر مثلها ولا شىء على وكيلها لأنه لم يقبل العقد لها ، لا مطلقاً ولا لنفسه . بخلاف الشراء

وأطلقهن فى الفروع ، إلا الثانى . فإنه لم يذكره

وقال فى المستوعب : إذا وكلته وأطلقت : لا يلزمها إلا مقدار المهر المسمى . فإن لم يكن فمهر المثل

وقال ـ فيما إذا زاد على ما عينت له ـ يلزم الوكيل الزيادة .

وقال ابن البنا يلزمها أكثر الأمرين من مهر مثلها أو المسمى

فائدتان

إحداهما : لو خالف وكيل الزوج أو الزوجة ـ حظاً ، أو حظوظاً ، أو نقد بلد ـ فقيل : حكمه حكم غيره ، فيه الخلاف المتقدم

قال القاضى القياس أن يلزم الوكيل الذى أذن فيه ، ويكون له ما خالع به

ورده المصنف

وقيل لا يصح الخلع مطلقاً .

قال المصنف ، والشارح : القياس أنه لا يصح هنا .

قال فى الكافى ، والرعاية : لا يصح وأطلقهما فى الفروع

الثانية : لو كان وكيل الزوج و زوجة واحداً . وتولى طرفى العقد : كان حكمه حكم النكاح قاله فى الفروع

وقال فى رءوسهن ، و الحاوى الصغير : ولا يتولى طرفى العقد وكيل واحد وخرج جوازه .

قوله ﴿ وإنْ تحالفا : تراجعا بما بينهما من الحقوق ﴾

يعنى : حقوق النكاح وهذا المذهب وعليه الأصحاب

وعنه أنها تسقط .

واستثنى الأصحاب ـ منهم المصنف ، والمجد ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم ـ حقة المدة .

زاد فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما ـ وهو مراد غيرهم ـ و نفقة مامضى بعضه

تنبيهان

أحدهما : قوله ﴿ وعنه أنها تسقط ﴾ يعنى حقوق النكاح .

أما الدين ونحوه : فإنها لا تسقط قولا واحداً . قاله الأصحاب منهم المصنف ، والشارح ، وابن منجا فى شرحه ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

الثانية : مفهوم قوله ﴿ وإنْ تحالفا ﴾ أنهما لو تطلقا تراجعا بجميع الحقوق قولا واحداً وهو صحيح صرح به ابن منجا فى شرحه ، وصاحب الفروع ، وغيرهما

قوله ﴿ وإنْ اختلفا فى قدْرِ العِوَضِ ، أوْ عَيْنِهِ ، أوْ تأجيلِهِ : فالقولُ قولُها ، مَعَ يمينِها ﴾ .

هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، و المستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم . وصححه فى النظم ، وغيره .

ويتخرج : أن القول قول الزوج . خرجه القاضي . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . حكاها القاضي أيضا .

وقيل : القول قول الزوج إن لم يجاوز مهرها .

ويحتمل أن يتحالفا ، إن لم يكن بلفظ طلاق ، ويرجعا إلى المهر المسمى إن كان ، وإلا إلى مهر المثل إن لم يكن مسمى . وهو لأبي الخطاب .

قوله ﴿ وإنْ علَّقَ طلاقها بصِفَةٍ ، ثُمَّ خالعها ﴾ أو أبانها بثلاث أو دونها ﴿ فوُجدت الصِّفَةُ . ثم عاد فتزوجها ، فوُجِدتُ الصِّفة ﴾ طلُقتْ نصَّ عليه .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافي ، والهادي ، والمغني ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وتجريد العناية ، وإدراك الغاية ، وغيرهم .

ويتخرج أن لا تطلق بناء على الرواية في العتق . واختاره أبو الحسن التميمي .

وجزم في الروضة بالتسوية بين العتق والطلاق .

وقال أبو الخطاب ـ وتبعه في الترغيب ـ : الطلاق أولى من العتق .

وحكاه ابن الجوزي رواية . والشيخ تقي الدين ، وحكاه أيضاً قولا .

وجزم به أبو محمد الجوزي ، في كتابه « الطرائق الأقرب في العتق والطلاق » .

فائدة : وكذا الحكم إن قال « إن بِنْتِ مني ، ثم تزوجتك ، فأنت طالق » فبانت ، ثم تزوجها . قاله في الفروع .

وقال في التعليق احتمالا : لا يقع ، كتعليقه بالملك .

قال الإمام أحمد رحمه الله ـ فيمن طلق واحدة ، ثم قال « إن راجعتك فأنت طالق ثلاثا » ـ إن كان هذا القول تغليظا عليها في أن لا تعود إليه : فمتى عادت إليه في العدة و بعدها ، طلقت .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ تُوجَدِ الصِّفَةُ حَالَ الْبَيْنُونَةِ : عادت . رِوَايَةً وَاحِدَةً﴾

هكذا قال الجمهور

وذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله ، رواية : أن الصفة لا تعود مطلقا

يعني سواء وجدت حال البينونة ، أو لا .

قلت : وهو الصحيح في منهاج الشافعية

فوائد

الأولى ـ يحرم الجمع حيلة لإسقاط عين طلاق ولا يقع على الصحيح من المذهب .

جزم به ابن عقيل في مصنف له في هذه المسألة وذكره عن الآجري . وجزم به في عيون المسائل ، والقاضي في الخلاف ، وأبو الخطاب في الانتصار ، وقال . هو محرم عند أصحابنا

وكذا قال المصنف في المغني : هذا يجعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق والحيل خداع لا تحل ما حرم الله

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله جمع الحيلة لا يصح على الأصح كما لا يصح نكاح المحلل لأنه ليس المقصود منه الفرقة وإنما يقصد به بقاء المرأة مع زوجها كما في نكاح المحلل والعقد لا يقصد به غير مقصوده وقدمه في الفروع

وقيل . يحرم ، ويقع .

وقال في الرعايتين ، والحاوي الصغير : ويحرم الجمع حيلة ، ويقع في أصح الوجهين .

قال في الفروع . وشذ في الرعاية ، فذكره

قلت : غالب الناس واقع في هذه المسألة ، وكثيراً ما يستعملونها في هذه الأزمنة . ففي هذا القول فرج لهم

واختاره ابن القيم في أعلام الموقعين . ونصره من عشرة أوجه .

وقال في الفروع : ويتوجه أن هذه المسألة ، وقصد المحلل التحليل ، وقصد أحد المتعاقدين قصداً محرماً ، كبيع عصير ممن يتخذه خمراً ، على حد واحد فيقال في كل منهما ما قيل في الأخرى

الثانية : لو اعتقد البينونة بذلك ، ثم فعل ما حلف عليه : فحكمه حكم مطلق أجنبية فتبين أنها امرأته ، على ما يأتي في آخر باب الشك في الطلاق ، ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله .

[فلو لقي امرأته ، فظنها أجنبية ، فقال لها « أنت طالق » ففي وقوع الطلاق روايتان . وأطلقهما في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، الفروع ، وغيرهم .

إحداهما : لا يقع .

قال ابن عقيل ، وغيره : العمل على أنه لا يصح

وجزم به في الوجيز ، واختاره أبو بكر

والرواية الثانية : يقع ، جزم به في تذكرة ابن عقيل ، والمنور ، وغيرهما

قال في تذكرة ابن عبدوس : دُيِّن ولم يقبل حكماً . انتهى] (١) .

وقال في القواعد الأصولية : قال أبو العباس : لو خالع وفعل المحلوف عليه بعد الخلع ، معتقداً أن الفعل بعد الخلع لم يتناوله يمينه ، أو فعل المحلوف عليه معتقداً زوال النكاح ، ولم يكن كذلك ، فهو كما لو حلف على شيء يظنه فبان بخلافه . وفيه روايتان تأتيان في كتاب الأيمان .

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقد جزم المصنف هناك : أنه لا يحنث

قلت : ومما يشبه أصل هذا : ما قاله الأصحاب في الصوم لو أكل ناسياً واعتقد الفطر به ، ثم جامع فإنهم قالوا : حكمه حكم الناسي .

وقد اختار جماعة من الأصحاب في هذه المسألة : أنه لا يكفر منهم ابن بطة ، والآجري ، وأبو محمد الجوزي ، والشيخ تقي الدين ، وصاحب الفائق . بل قالوا - عن غير ابن بطة - إنه لا يقضي أيضاً . والله أعلم

وقال الشيخ تقي الدين أيضاً رحمه الله : خلع اليمين هل يقع رجعياً ، أو لغواً ، وهو أقوى ؟ فيه نزاع لأن قصده ضده كالمحلل .

[الثالثة : قال ابن نصر الله - في حواشيه على الفروع - قال في المغني في الكتابة قبل مسألة ما لو قبض من نجوم كتابته شيئاً استقبل به حولا

فقال : فصل : وإذا دفع إليه مال كتابته ظاهراً فقال له السيد « أنت حر » أو قال « هذا حر » ثم بان العوض مستحقاً لم يعتق بذلك لأن ظاهره الإخبار عما حصل له بالأداء ولو ادعى المكاتب أن سيده قصد بذلك عتقه ، وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه لأن الظاهر معه وهو أخبر بما نوى . انتهى][1]

الثالثة[2] لو أشهد على نفسه بطلاق ثلاث ، ثم استفتى ، فأفتى أنه لا شيء عليه لم يؤاخذ بإقراره لمعرفة مستنده ويقبل قوله بيمينه أن مستنده في إقراره ذلك مما يجهله مثله

[لأن حلفه على المستند دون الطلاق ، ولم يسلم ضمناً فهو وسيلة له يغتفر فيه ما لا يغتفر في المقصود ، لأنه دونه ، وإن كان سبباً له ، بمعنى توقفه عليه ، لا أنه مؤثر فيه بنفسه ، وإلا لكان علة عليه لا سببه ، ووسيلة

ودليله قصة « بانت سعاد » حيث أقر بذلك كعب بن زهير رضي الله عنه .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله . (٢) كان حقها « الرابعة »

لاعتقاده أنه بقي منه بإسلامه دونه . وأخبره النبي صلى الله عليه وسلم ، والصحابة رضي الله عنهم أجمعين ، وأن ذلك لا يضره تغليباً لحق الله تعالى على حقها وهو قريب عهد بالإسلام ، وذلك قرينة جهله بحكمه في ذلك . وهو يقصد به إنشاءه ، وإلا لما ندم عليه متصلاً به ، وإنما ندم على ما أوقعه ، لتوهمه صحة وقوعه وقياسه الخلع وبقية حقوق الله تعالى المحضة ، أو الغالب له فيها حق على حق غيره تعالى . لأن حقه مبني على المسامحة ، وحق غيره على المشاحة بدليل مسامحة النبي صلى الله عليه وسلم له بهجره له قبل إسلامه ، وهو حربي ، وهو الشاعر الصحابي كعب بن زهير ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أهدر دمه فلما سمع ذلك أخوه مالك بن زهير ، وأتى إليه فأخبره بذلك فأسلم وأتى به النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو مسلم معه فاستدعاه بالبردة المذكورة في القصة وحقه عليه الصلاة والسلام من حق الله تعالى سهم من خمس الخمس والفيء ، والغنيمة ، وكسوته أو أحدهما[1] .

ذكره الشيخ في الدين وغيره وقصر عليه في الفروع

ذكره في أواخر باب صريح الطلاق وكنايته

الرابعة : قال ابن نصر الله - في حاشيته][1] قلت : ومما يؤيد ذلك ويقويه : ما قاله الشيخ الموفق في المغني ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم : أن السيد إذا أخذ حقه من المكاتب طائعاً ، ثم قال : هو حر ، ثم إن مستحقاً أبانه لا يعتق كما تقدم نقله في باب الكتابة .

الخامسة : ذكر ابن عقيل في فصوله أنه يستحب إعلام المستحق بمذهب غيره ، بل كل أحد لا للمرأة - كطلاق المختلعة من غير - فيدله على من يرى التحيل للخلاص منه ، ولجمع بعدم وقوع الطلاق انتهى

وقال القاضي أبو الحسين في فروعه - في كتاب الطهارة - عن الإمام أحمد

(١) الزيادة بين المعكوفين من نسخة الشيخ عبد الله

رحمه الله أنهم جاءوه بفتوى فلم يكن على مذهبه فقال : عليكم بحلقة المدنيين .

في هذا دليل على أن المفتي إذا جاءه المستفتي ، ولم يكن له عنده رخصة فله أن يدله على صاحب مذهب له فيه رخصة

وذكر في طبقاته : قال الفضل بن زياد : سمعت أبا عبد الله — وسئل عن الرجل يسأل عن الشيء في المسائل ، فهل عليه شيء من ذلك ؟ .

فقال : إذا كان الرجل متبعاً أرشده إليه فلا بأس

قيل له : فيفتي بقول مالك ، وهؤلاء ؟ قال : لا ، إلا بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وآثاره ، وما روي عن الصحابة رضي الله عنهم ، فإن لم يكن فعن التابعين انتهى .

ويأتي التنبيه على ذلك في أواخر كتاب القضاء ، في أحكام المفتي .

والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الطلاق

قاعدة : قوله ﴿ وَهُوَ حَلُّ قَيْدِ النِّكَاحِ ﴾ .

وكذا قال غيره . وقال فى الرعاية الكبرى : حل قيد النكاح ، أو بعضه بوقوع ما يملكه من عدد الطلقات ، أو بعضها

وفيل : هو تحريم بعد تحليل كالنكاح تحليل بعد تحريم

قوله ﴿ وَيُبَاحُ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ . وَيُكْرَهُ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ وعِنْدَهُ : أَنَّهُ يُحَرَّمُ وَيُسْتَحَبُّ إِذَا كَانَ فِى بَقَاءِ النِّكَاحِ ضَرَرٌ ﴾

اعلم أن الطلاق ينقسم إلى أحكام التكليف الخمسة . وهى : الإباحة ، والاستحباب ، والكراهة ، والوجوب ، والتحريم

فالمباح : كأن يكون عند الحاجة إليه كسوء خلق المرأة ، أو نحو عشرتها ، وكذا للتضرر منها من غير حصول الغرض بها فيباح الطلاق فى هذه الحالة من غير خلاف أعلمه

والمكروه : إذا كان لغير حاجة على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب ، وجزم به فى الوجيز وغيره

وقدمه فى الخلاصة ، والمغنى ، والهدى ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وعنه : أنه يحرم وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب

وعنه : مباح فلا يكره ولا يحرم .

والمستحب : وهو عند تضرر المرأة فى حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها وكونها غير عفيفة . ولا يمكن إجبارها على فعل حقوق الله تعالى فهذه يستحب طلاقها . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في المغني، والشرح، والفروع، وغيرهم.

وعنه: يجب لكونها غير عفيفة، ولتفريطها في حقوق الله تعالى.

قلت: وهو الصواب.

وذكر في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، وغيرهم، أن المستحب: هو فيما إذا كانت مفرطة في حق زوجها ولا تقوم بحقوقه.

قلت: وفيه نظر.

فائدتان

إحداهما: زنى المرأة لا يفسخ النكاح. نص عليه

ونقل المروذي - فيمن يُسْكِر زوج أخته - يحولها إليه

وعنه أيضاً: يفرق بينهما؟ قال: الله المستعان

الثانية: إذا ترك الزوج حق الله، فالمرأة في ذلك كالزوج، فتتخلص منه بالخلع ونحوه

والمحرم: وهو طلاق الحائض، أو في طهر أصابها فيه، على ما يأتي إن شاء الله تعالى في باب سنة الطلاق وبدعته

والواجب: وهو طلاق المولي بعد التربص إذا أبى الفيئة، وطلاق الحكمين إذا رأيا ذلك. قاله الأصحاب

ذكر المصنف الثلاثة الأول هنا، والرابع ذكره في باب سنة الطلاق وبدعته، والخامس: ذكره في باب الإيلاء.

فائدة: لا يجب الطلاق في غير ذلك على الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب

وعنه: يجب الطلاق إذا أمره أبوه به، وقاله أبو بكر في التنبيه

وعنه: يجب بشرط أن يكون أبوه عدلا

وأما إذا أمرته أمه : فنص الإمام أحمد رحمه الله : لا يعتبر طلاقه

ومعه الشيخ تقي الدين رحمه الله منه

ونص الإمام أحمد رحمه الله ـ في بيع السرية ـ : إن حنثت على نفسك .

فليس لها ذلك وكذا نص فيما إذا منعها من الخروج

قوله (وَمِنَ الصَّبِيِّ لِعَاقِلٍ يَصِحُّ طَلَاقُ الْمُمَيِّزِ الْعَاقِلِ)

على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب

قال في القواعد الأصولية : والأصحاب على وقوع طلاقه وهو المنصوص عن

الإمام أحمد رحمه الله في رواية الجماعة . منهم عبد الله ، وصالح ، وابن منصور ،

والحسن بن ثواب ، والأثرم ، وإسحاق بن هانيء ، والفضل بن زياد ، وحرب ،

والميموني .

قال في الفروع : نقله واختاره الأكثر

قال الزركشي : هذا اختيار عامة الأصحاب : الخرقي ، وأبي بكر ، وابن حامد

والقاضي وأصحابه كالشريف ، وأبي الخطاب ، وابن عقيل ، وغيرهم

قال في المذهب : يقع طلاق المميز في أصح الروايتين . وجزم به في الوجيز ،

وغيره وقدمه في الهداية ، والمغني ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ،

والفروع ، وغيرهم . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لا يصح منه حتى يبلغ

وجزم به الأدمي ، والبعلي ، وصححه المنور

واختاره ابن أبي موسى ، وغيره

وقدمه في المحرر ، والنظم ، وإدراك الغاية

قال في العمدة : ولا يصح الطلاق إلا من زوج مكلف مختار

وأطلقهما في مسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافي ، والتبصرة

وغيرهم

وعنه : يصح من ابن عشر سنين .

نقل صالح : إذا بلغ عشراً تزوج ، ويُزوج ويُطلَّق واختاره أبو بكر

وفي طبقة بعض الأصحاب في طلاق عمر روايتان

وعنه : يصح من ابن ثنتي عشرة سنة

قال الشارح : أكثر الروايات : تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل وهو اختيار القاضي

وروى أبو الحارث عن الإمام أحمد رحمه الله : إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى ثنتي عشرة

وهذا يدل على أنه لا يقع ممن به دون العشر وهو اختيار أبي بكر

وتقدم شيء من ذلك في أول كتاب البيع

وتقدم في أوائل الجمع في كلام المصنف « هل يصح طلاق الأب لزوجة ابنه الصغير ؟ »

قوله (وَمَنْ زال عَقْلُهُ بِسببٍ يُعْذَرُ فيه ـ كالمَجْنُونِ ، وَالنَّائِمِ ، والمُغْمَى عَلَيْهِ . والْمُبَرْسَمِ ـ : لَمْ يَقَعْ طَلاقُهُ) .

هذا صحيح لكن لو ذكر المغمى عليه والمجنون ـ بعد أل الفاق ـ أنهما طلاقهما وقع الطلاق . نص عليه

قال المصنف : هذا فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية .

وأما المبرسم ، ومن به شدة فلا يقع

وقال في الروضة : المبرسم ، والمسوس إن عقلا الطلاق : لزمهما

قال في الفروع ويدخل في كلامهم : مَنْ غضب حتى أغمي عليه ، أو غشي عليه

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله يدخل ذلك في كلامهم بلا ريب .

وقال الشيخ تقي الدين أيضاً : إن غيَّره الغضب ، ولم يزل عقله : لم يقع الطلاق لأنه أخذ وجهه عليه وقصده ـ وهو يكرهه ـ لتستريح منه فلم يتق به قصد

صحيح . فهو كالمكره . ولهذا لا يجاب دعاؤه على نفسه وماله . ولا يلزمه نذر الطاعة فيه

قوله ﴿ وَإِنْ زَالَ بِسَبَبٍ لَا يُعْذَرُ فِيهِ ـ كَالسَّكْرَانِ ـ : فَفِي صِحَّةِ طَلَاقِهِ رِوَايَتَانِ ﴾ .

وأطلقهما الحاقي ، والحلواني ، في كتاب الوجهين ، والروايتين ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والكافي ، والمغني ، والمذهب الأحمد ، والتبصرة ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والزبدة ، والحاوي الصغير ، وشرح ابن منجا ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

إحداهما : يقع وهو المذهب . اختاره أبو بكر الخلال ، والقاضي ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، والشيرازي وصححه في التصحيح ، وتصحيح المحرر ، وإدراك الغاية ، ونهاية ابن رزين

وجزم به في الخلاصة ، والعمدة ، والمنور ، ومنتخب الأدمي ، والوجيز . وقدمه في الفروع ، وشرح ابن رزين

قال في القاعدة الثانية بعد المائة : هذا المشهور من المذهب

قال ابن مفلح في أصوله : تعتبر أقواله وأفعاله في الأشهر عن الإمام أحمد رحمه الله ، وأكثر أصحابه وقدمه

وقال الطوفي في شرح مختصره : هذا المشهور بين الأصحاب

والرواية الثانية : لا يقع اختاره أبو بكر عبد العزيز في الشافي ، وزاد المسافر ، وابن عقيل ومال إليه المصنف ، والشارح ، وابن رزين في شرحه

واختاره الناظم ، والشيخ تقي الدين ، وناظم المفردات وقدمه . وهو منها . وجزم به في التسهيل .

قال الزركشي : ولا يخفى أن أدلة هذه الرواية أظهر .

نقل الميموني : كنت أقول : يقع ، حتى تبينته . فعلمت على أنه لا يقع

ونقل أبو طالب : الذي لا يأمر بالطلاق إنما أبى حصلة واحدة . والذي يأمر به : أتى باثنتين . حرمها عليه ، وأوجبها لغيره

ولهذا قيل : إنها آخر الروايات

قال الطوفي في شرح الأصول : هذا أشبه

وعنه : الوقف .

قال الزركشي . وفي التحقيق لا حاجة إلى ذكر هذه الرواية لأن الإمام أحمد رحمه الله حيث توقف فللأصحاب قولان وقد نص على القولين ، واستغنى عن ذكر الرواية

قلت : ليس الأمر كذلك . بل توقفه لقوة الأدلة من الجانبين فلم يقطع فيها بشيء .

وحيث قال بقول . فقد ترجح عنده دليله على غيره . فقطع به .

قوله (وكذلك تُحَرَّجُ في قتله ، وقذفه ، وسرقته ، وزناه ، وظهاره وإيلائه) .

وكذا قال في الهداية : وكذا بيعه ، وشراؤه ، وردته ، وإقراره ، وبدره ، وغيرها . قاله المصنف ، وغيره .

اعلم أن في أقوال السكران وأفعاله . روايات صريحات عن الإمام أحمد رحمه الله .

إحداهن . أنه مؤاخذ به ، فهو كالصاحي فيها وهو المذهب .

جزم به في المنور . وقدمه في الفروع .

قال في القاعدة الثانية بعد المائة . السكران يشرب الخمر عمداً ، فهو كالصاحي في أقواله وأفعاله فيما عليه ، في المشهور من المذهب ، بخلاف من سكر بمنج ، ونحوه . انتهى

وتقدم كلام ابن مفلح فى أصوله .

والرواية الثانية : أنه ليس بمؤاخذ به . فهو كالمجنون فى أقواله وأفعاله .

وختاره الشيخ

وقدمه المصنف فى هذا الكتاب ـ فى إقراره ـ فى كتاب الإقرار .

وكذا قدمه كثير من الأصحاب فى الإقرار على ما يأتى .

قال ابن عقيل : هو غير مكلف .

والرواية الثالثة : أنه كالصاحى فى أفعاله ، وكالمجنون فى أقواله

والرواية الرابعة : أنه فى الحدود كالصاحى . وفى غيرها كالمجنون .

قال الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية الميمونى ـ : تلزمه الحدود ، ولا تلزمه الحقوق . وهذا اختيار أبى بكر فيما حكاه عنه القاضى فقه الزركشى

والرواية الخامسة : أنه فيما يستقل به ـ مثل قتله وعتقه ، وغيرهما ـ كالصاحى . وفيما لا يستقل به ـ كبيعه ونكاحه ، ومعاوضته ـ كالمجنون . حكاها ابن حامد

قال القاضى : وقد أومأ إليه فى رواية الدراطى . فقال : لا أقول فى طلاقه شيئاً . قيل له : فبيعه وشراؤه ؟ فقال : أما بيعه وشراؤه : فغير جائز .

وألحقهم فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال الزركشى : قلت : ونقل عنه إسحاق بن هانىء ما يحتمل عكس الرواية الخامسة . فقال « لا أقول فى طلاق السكران وعتقه شيئاً ، ولكن بيعه وشراؤه جائز » .

وعنه : لا تصح ردته فقط . حكاها ابن منجا فى أصوله

ويأتى الخلاف فى قتله فى « باب شروط القصاص » فى كلام المصنف .

فوائد

الأولى : حد السكران ـ الذى تترتب عليه هذه الأحكام ـ هو الذى يخلط فى كلامه وقراءته ، ويسقط كبيره بين الأعيان . ولا يشترط فيه أن يكون بحيث

لايميز بين السماء والأرض ، ولا بين الذكر والأنثى قاله القاضي وغيره في رواية حنبل . وقيل : السكران الذي إذا وضع ثيابه في ثياب غيره لم يعرفها ، أو وضع نعله في نعالهم فلم يعرفه . وقد هذى في أكثر كلامه ، وكان معروفاً بغير ذلك

وحرره في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والمغني ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وقدمه في الرعاية الكبرى

وقيل : يكفي تخليط كلامه . ذكره أكثرهم في باب حد السكر .

وضبطه بعضهم ، فقال : هو الذي يخفى في كلامه المعلوم ، ويبيح سره المكتوم

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وزعم طائفة من أصحاب مالك ، والشافعي وأحمد رحمهم الله : أن النزاع في وقوع طلاقه إذا هو في الغضبان . فأما الذي تم سكره ، بحيث لا يفهم ما يقول ، فإنه لا يقع به ، قولا واحداً

قال : والأئمة الكبار جعلوا النزاع في الجميع .

الثانية : قال جماعة من الأصحاب : لا تصح عبادة السكران .

قال الإمام أحمد رحمه الله : ولا تقبل صلاته أربعين يوماً حتى يتوب » للخبر[1] وقاله الشيخ تقي الدين رحمه الله

الثالثة : محل الخلاف في السكران ، عند جمهور الأصحاب ، إذا كان آثماً في سكره . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . في قوله « فيمن زال عقله بسبب لا يعذر فيه بدل عليه »

---

(١) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر لم تقبل له صلاة أربعين صباحاً ، فإن تاب تاب الله عليه ـ الحديث » رواه الترمذي ، وحسنه ، والحاكم وصحح إسناده . وروى النسائي نحوه . وسئله عن عبد الله بن عمرو بن العاص عند ابن حبان في صحيحه ، والحاكم مختصراً .

فأما إن أكره على السكر، فحكمه حكم المجنون، هذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب.

قال ابن مفلح في أصوله: والمعذور بالسكر كالمغمى عليه.

وقال القاضي في الجامع الكبير، في كتاب الطلاق: فأما إن أكره على شربها، احتمل أن يكون حكمه حكم المختار، لما فيه من اللذة، واحتمل أن لا يكون حكمه حكم المختار، لسقوط المأثم عنه والحد.

قال: وإنما يخرج هذا على الرواية التي تقول «إن الإكراه يؤثر في شربها» فأما إن قلنا: لا يؤثر الإكراه في شربها، فحكمه حكم المختار. انتهى.

قوله (وَمَنْ شَرِبَ مَا يُزِيلُ عَقْلَهُ لِغَيْرِ حَاجَةٍ: فَفِي صِحَّةِ طَلَاقِهِ رِوَايَتَانِ).

اعلم أن كثيراً من الأصحاب ألحقوا بالسكران: من شرب أو أكل ما يزيل عقله لغير حاجة، كالمزيلات للعقل غير الخمر من المحرمات، والبنج، ونحوه — فجعلوا فيه الخلاف الذي في السكران، منهم ابن حامد، وأبو الخطاب، في الهداية، وصاحب المذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمصنف هنا، وفي الكافي، والمغني، والشارح، وابن منجا في شرحه، وصاحب التصحيح، وغيرهم.

وقدمه في الرعايتين، والزبدة.

ومن أطلق الخلاف في السكران أطلقه هنا، إلا صاحب الخلاصة، فإنه جزم بالوقوع من السكران.

وأطلق الخلاف هنا، وصحح في التصحيح الوقوع فيهما.

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله: أنه كالسكران.

قال: لأنه قصد إزالة العقل بسبب محرم.

وقال في الواضح: إن تداوى ببنج فسكر: لم يقع

وصححه في القاعدة الثانية بعد المائة .

قال في الفروع : وهو ظاهر كلام جماعة .

قال في الجامع الكبير : إن زال عقله بالبنج : نظرت . فإن تداوى به : فهو معذور ، ويكون الحكم فيه كالمجنون

وإن تناول ما يزيل عقله لغير حاجة : كان حكمه كالسكران ، والتداوي حاجة . انتهى

قلت : ظاهر كلام المصنف : أنه إذا تناوله لحاجة : أنه لا يقع

وصرح به المصنف في المغني وغيره

واعلم أن الصحيح من المذهب : أن تناول البنج ونحوه لغير حاجة ، إذا زال العقل به كالمجنون ، لا يقع طلاق من تناوله . نص عليه ، لأنه لا لذة فيه

وفرق الإمام أحمد رحمه الله بينه وبين السكران . فألحقه بالمجنون .

وقدمه في النظم ، والفروع . وهو ظاهر ما قدمه في المحرر ، ومال إليه

قال في المنور : لا يقع من زائل العقل إلا بمسكر محرم .

وهو الظاهر من كلام الخرقي . فإنه قال : وطلاق الزائل العقل بلا سكر ، لا يقع

قال الزركشي : قد يدخل ذلك في كلام الخرقي .

وقال في الرعايتين ، والحاوي الصغير : وإن أثم بسكر ونحوه ، فأوانيان ثم ذكر حكم البنج ونحوه

فائدتان

إحداهما . قال الزركشي : ومما يلحق بالبنج الحشيشة الخبيثة

وأبو العباس يرى أن حكمها حكم الشراب المسكر ، حتى في إيجاب الحد .

[وهو الصحيح ، إن أسكرت أو كثيرها ، وإلا حرمت ، وعزر فقط فيها في الأظهر . ولو طهرت][1]

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله

وفرق أبو العباس بينها وبين البنج بأنها تشتهى وتطلب[1] فهى كالخمر بخلاف البنج

فالحكم عنده منوط باشتهاء النفس لها وطلبها .

الثانية : قال فى القاعدة الثانية بعد المائة : لو ضرب برأسه فجن لم يقع طلاقه على المنصوص . وعلله .

قوله ﴿ وَمَنْ أُكْرِهَ عَلَى الطَّلَاقِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، لَمْ يَقَعْ طَلَاقُهُ ﴾

هذا المذهب مطلقاً نص عليه فى رواية الجماعة وعليه الأصحاب

وعنه : يشترط فى الوقوع أن يكون المكره ـ بكسر الراء ـ ذا سلطان

قوله ﴿ وَإِنْ هَدَّدَهُ ـ بِالْقَتْلِ ، أَوْ أَخْذِ الْمَالِ ، وَنَحْوِهِ ـ قَادِرٌ يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ وُقُوعُ مَا هَدَّدَهُ بِهِ ، فَهُوَ إِكْرَاهٌ ﴾

هذا المذهب صححه فى النظم ، وغيره

واختاره ابن عقيل فى التذكرة ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وغيرهما

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، وغيرهما

وقدمه فى الفروع ، وغيره

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب وإليه ميل المصنف ، والشارح .

وعنه : لا يكون مكرهاً حتى ينال بشىء من العذاب ، كالضرب والخنق وعصر الساق نص عليه فى رواية الجماعة

واختاره الخرقى ، والقاضى ، وأصحابه منهم الشريف ، وأبو الخطاب ، فى خلافيهما ، والشيرازى

وجزم به فى الإرشاد وقدمه فى الخلاصة وهو من المفردات

وأطلقهم فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والشرح .

(١) لا يشتهيها ويطلبها إلا من سفه نفسه .

وأطلقهما في المحرر، والعدتين، والحاوي الصغير في تهديده بغير القتل والقطع وقطع في المحرر، والحاوي: أن الطلاق لا يقع إذا هدده بالقتل أو القطع.

وقدمه في الرعايتين: أنه يقع إذا هدد بهما

وعنه: إن هدده بقتل أو قطع عضو، فإكراه، وإلا فلا

قال القاضي في كتاب الروايتين: التهديد بالقتل إكراه، وبه رواية واحدة

وتبعه الحد في المحرر، والحاوي الصغير. وزاد: وقطع طرف. كما تقدم عنهما.

فوائد

الأولى: يشترط للإكراه شروط

أحدها: أن يكون المكره - بكسر الراء - قادراً بسلطان أو تغلب، كاللص ونحوه.

الثاني: أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به، إن لم يجبه إلى ما طلبه، مع عجزه عن دفعه وهربه واختفائه

الثالث: أن يكون مما يستضر به ضرراً كثيراً، كالقتل والضرب الشديد، والحبس والقيد الطويلين، وأخذ المال الكثير

زاد في الكافي: والإخراج من الديار.

وأطلق جماعة، الحبس. وقدمه في الرعاية الصغرى

وقال المصنف، والشارح: وأما الضرب اليسير: فإن كان في حق من لا يبالي به، فليس بإكراه. وإن كان في ذوي المروءات، على وجه يكون إخرافا لصاحبه وعيباً له، وشهرة له في حقه: فهو كالضرب الكثير في حق غيره. انتهى.

قلت: السب والشتم والإحراق، فلا يكون إكراهاً. رواية واحدة

قاله المصنف، والشارح. وقدمه في الرعاية، والفروع.

وقيل: إحراق من قوله ذلك: إكراه. وهو ظاهر كلامه في الواضح.

قال القاضي في الجامع الكبير: الإكراه يختلف، فلا يكون إكراهاً - رؤية واحدة - في حق كل أحد، ممن يتألم بالشتم أو لا يتألم.

قال ابن عقيل: وهو قول حسن.

وقال ابن رزين في مختصره: لا يقع الطلاق من مكره، لا بشتم، بوعد لسوقة.

الثانية: ضرب ولده وحبسه ونحوهما إكراه لوالده على الصحيح من المذهب، صححه في الفروع، والقواعد الأصولية، وغيرهما.

واختاره المصنف، والشارح، وغيرهما: فلا يقع طلاق الوالد.

وقيل: ليس إكراهاً له.

قال في الفروع: ويتوجه أن ضرب والده ونحوه وحبسه كضرب ولده.

قال في القواعد الأصولية: ويتوجه تعديته إلى كل من يشق عليه تعديته مشقة عظيمة، من والد وزوجة وصديق.

الثالثة: لو سخر ليطلق، كان إكراهاً، قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله.

قلت: بل هو منه أعظم الإكراهات.

[ذكره ابن القيم والشيخ تقي الدين، وابن نصر الله، وغيرهم. وهو واضح وهو المذهب الصحيح][1]

الرابعة: ينبغي للمكره - بفتح الراء - إذا أكره على الطلاق، وطلق أن يتأول، فإن ترك التأويل بلا عذر، لم يقع الطلاق على الصحيح من المذهب.

جزم به في المغني، والشرح، ونصراه.

قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

وقيل: يطلق، وأطلقهما في الفروع، والقواعد الأصولية.

قال في الرعاية الكبرى: وقيل: إن نوى المكره طلقاً غير الظاهر: نفعه

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله.

تأويله . وإن ترك ذلك جهلا أو دهشة لم يضره . وإن تركه بلا عذر : احتمل وجهين . انتهى .

وقال الزركشي : ولا نزاع — عند العامة — أنه إذا لم ينو الطلاق ، ولم يتأول بلا عذر : أنه لا يقع .

ولابن حمدان : احتمال بالوقوع ، والحالة هذه . انتهى .

وكذا الحكم لو أكره على طلاق مبهمة فطلق معينة

وقال في الانتصار : هل يقع لغواً ، أو يقع بنية الطلاق ؟ فيه روايتان

[يعني أن طلاق المكره : هل هو لغو ، لا حكم له ، أو هو بمنزلة الكناية ، إن نوى الطلاق : وقع . وإلا فلا ؟

وفيه الخلاف كما سيأتي ذلك في القاعدة السادسة والخمسين صريحاً فيهما][1]

الخامسة : لو قصد إيقاع الطلاق ، دون دفع الإكراه : وقع الطلاق . على الصحيح من المذهب صححه القاضي ، وجماعة من المتأخرين .

ويحتمل أن لا يقع وهما احتمالان في الجامع الكبير

قال الزركشي : لو أكره — فطلق ونوى به الطلاق — فقيل : لا يقع وهو ظاهر كلام الخرقي

وقيل : إن نوى وقع ، وإلا فلا ، كالكناية حكاهما في الانتصار

وحكى شيخه عن الإمام أحمد رحمه الله ، ما يدل على روايتين وجعل الأشبه الوقوع أورده أبو محمد مذهبا

السادسة : الإكراه على العتق واليمين ونحوهما كالإكراه على الطلاق على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب

وعنه : ينعقد يمينه

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

قال فى الفروع ويتوجه غيره مثله

قوله ﴿ وَيَقَعُ الطَّلَاقُ فى النِّكَاحِ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ ، كَالنِّكَاحِ بِلَا وَلِيٍّ ، عِنْدَ أَصْحَابِنَا ﴾ .

قلت وعليه نص عليه الإمام أحمد رحمه الله وهو المذهب .

واختار أبو الخطاب : أنه لا يقع حتى يعتقد صحته

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله

قال فى المذهب : وهو الصحيح عندى . واختاره صاحب التلخيص

قال فى الحاوى الصغير : حمله أصحابنا على أن طلاقه يقع وإن اعتقد فساد النكاح

وقال أبو الخطاب : كلام الإمام أحمد رحمه الله : محمول على من اعتقد صحة النكاح ، إما باجتهاد أو تقليد

فأما من اعتقد بطلانه : فلا يقع طلاقه . انتهى

فائدتان

إحداهما حيث قلنا بالوقوع فيه فهو كطلاق بائن

قاله فى الرعاية ، والفروع ، والمغنى ، والمحرر ، وغيرهم

قلت فيعتبر بها

الثانية نحو الطلاق فى النكاح المختلف فيه فى الحيض ولا سنى طلاق بدعة

قلت فيعتبر بها .

تنبيه ظاهر كلام المصنف : أنه لا يقع الطلاق فى نكاح مجمع على بطلانه .

وهو صحيح وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم

وعنه يقع اختاره أبو بكر فى التنبيه

فائدة : الصحيح من المذهب : أنه لا يقع الطلاق فى نكاح فضولى قبل إجازته . وإن بعد بها . وعليه الأصحاب . وعنه احتمال بالوقوع .

ذكره صاحب الرعاية الكبرى من عنده

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله أن طلاق الفضولى كيمينه .

ذكره فى الفروع ، فى باب أركان النكاح .

قوله ﴿ وَإِذَا وَكَّلَ فِى الطَّلَاقِ مَنْ يَصِحُّ تَوْكِيلُهُ ، صَحَّ طَلَاقُهُ ﴾

قال فى الفروع : وإن صح طلاق مميز : صح توكيله

وذكر ابن عقيل رواية اختارها أبو بكر — يعنى : ولو صح طلاقه : لم يصح توكيله . نص عليهما

ذكره فى باب صريح الطلاق وكنايته .

قوله ﴿ وَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَ مَتَى شَاءَ ، إِلَّا أَنْ يُحَدَّ لَهُ الزَّوْجُ حَدًّا ﴾

أو يفسخ ، أو يطأ

الصحيح من المذهب : أن الوطء عزل للوكيل . وعليه الأصحاب .

وقيل : لا ينعزل به . وهو رواية فى الفروع .

ذكره فى باب الوكالة . وقال : فى طلاقها نقلة خلاف

قوله ﴿ وَلَا يُطَلِّقُ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ ، إِلَّا أَنْ يُحْمَلَ إِلَيْهِ ﴾ .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز

وقيل : له أن يطلق أكثر من واحدة ، إن لم يحد له حداً .

قال فى الهداية ، والمستوعب : له أن يطلق متى شاء وما شاء ، إلا أن يحد فى ذلك حداً

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وأطلقهن فى الفائق .

فائدة: لو وكله في ثلاث، فطلق واحدة، أو وكله في واحدة، فطلق ثلاثا: طلقت واحدة، بلا خلاف أعلمه. ونص عليه.

وإن خيره من ثلاث، ملك اثنين فأقل. ولا يملك بالإطلاق بعده.

ذكره في الفروع، في باب صريح الطلاق وكنايته.

وتأتي في آخره أيضا: هل يقع من الوكيل بالكناية إذا وكله بالصريح، أم لا؟

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَ اثْنَيْنِ فِيهِ: فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الانْفِرَادُ بِهِ، إِلَّا بِإِذْنِهِ ﴾.

وهذا بلا نزاع.

قوله ﴿ فَإِنْ وَكَّلَهُمَا فِي ثَلَاثٍ، فَطَلَّقَ أَحَدُهُمَا أَكْثَرَ مِنَ الآخَرِ: وَقَعَ مَا اجْتَمَعَا عَلَيْهِ ﴾.

فلو طلق أحدهما واحدة، والآخر أكثر: فواحدة. نص عليه. وعليه الأصحاب.

وقال في الرعاية الكبرى: وفيه نظر.

فائدتان

إحداهما: ليس للوكيل المطلق، الطلاق وقت بدعة. فإن فعل: حرم، ولم يقع. صححه الناظم.

وقيل: يحرم ويقع. قدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير.

قلت: وهو ظاهر كلام المصنف، حيث قال: وله أن يطلق متى شاء.

وهو ظاهر كلامه في الهداية. واستوعب، كما تقدم قريبا.

وأطلقهما في المحرر، والفروع.

الثانية : تقبل دعوى الزوج : أنه رجع عن الوكالة قبل إيقاع الوكيل الطلاق عند أصحابنا . قاله فى المحرر ، وغيره . وقدمه فى الفروع .

وذكر فى المجرد ، والفصول - فى تعليق الوكالة - : أن الإمام أحمد رحمه الله نص فى رواية أبى الحارث : أنه لا تقبل إلا بينة .

وجزم به فى الترغيب ، والأزجى ، فى عزل الموكل .

وصححه الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال : وكذا دعوى عتقه ورهنه ونحوه .

وعادة كثير من المصنفين ذكر الوكالة فى الطلاق فى آخر « باب صريح الطلاق ، وكنايته » عند قوله « أمرك بيدك » ونحوه .

قوله ﴿ وإن قال لامرأته : طلقى نفسك فلها ذلك كالوكيل ﴾ .

إذا قال لها « طلقى نفسك » صح ذلك كتوكيل الأجنبى فيه بلا نزاع فإن نوى عدداً ، فهو على ما نوى وإن أطلق فمن غير نية : لم تملك إلا واحدة ، على ما مشى فى كلام المصنف ، فى آخر « باب صريح الطلاق وكنايته » ويأتى فى كلام المصنف هناك « لو قال لها : طلقى نفسك فقالت : اخترت نفسى » .

ويأتى هناك ما تملك قوله هنا « طلاقك بيدك ، أو وكلتك فى الطلاق » وصفة طلاقها ، وفروع أخر مستوفاة محررة .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن لها أن تطلق نفسها فى مجلس الوكالة وبعده ما لم يبطل حكم الوكالة ، كالوكيل الأجنبى . وكـ « أمرك بيدك » وهو صحيح . وهو المذهب . وهو ظاهر ما فى المحرر وغيره

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمبدع . وصححه فى الكافى

قال فى الزعبيتين : وهو أولى . وجزم به ابن منجا فى شرحه .

وقال القاضى : إذا قال لامرأته « طلقى نفسك » بعيد بالمجلس

وحضره من عندوس فى مذكرته ، وقدمه فى الزعبيتين وجزم به فى الفروع

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وذكر فى آخر « باب صريح الطلاق وكنايته » فى كلام المصنف « إذا

قال لها : أمرك بيدك أو اختارى نفسك ، هل يتقيد بالمجلس أو لا ؟ »

وذكر أيضاً هذه المسألة هناك

باب سنة الطلاق و بدعته

قوله ﴿ السُّنَّةُ : أَنْ يُطَلِّقَهَا واحِدَةً فى طُهْرٍ لَمْ يُصِبْهَا فيه . ثُمَّ يَدَعَهَا حتى تنقضي عدَّتُها ﴾ وهذا بلا نزاع

ولو طلقها ثلاثاً فى ثلاثة أطهار : كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث فى طهر واحد

قال الإمام أحمد رحمه الله : طلاق السنة واحدة ، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض .

قوله ﴿ وإنْ طلَّقَ المَدْخُولَ بِهَا فى حَيْضَتِها ، أَوْ طُهْرٍ أَصَابَهَا فيه : فهُوَ طَلاقُ بِدْعَةٍ مُحَرَّمٌ وَيَقَعُ ﴾ .

الصحيح من المذهب . أن طلاقه فى حيضها أو طهر أصابها فيه : محرم ، ويقع . نص عليهما . وعليه الأصحاب

وقال الشيخ تقى الدين ، وتبعه ابن القيم رحمهما الله : لا يقع الطلاق فيهما

قال الشيخ تقى الدين : اختار طائفة من أصحاب الإمام أحمد رحمه الله : عدم الوقوع فى الطلاق المحرم .

وقال أيضاً : ظاهر كلام ابن أبى موسى أن طلاق الحائض محرم

تنبيه : مراده بقوله « أو طهر أصابها فيه » إذا لم يستبن حملها . فإن استبان حملها : فلا سنة لطلاقها ولا بدعة على ما يأتى فى كلام المصنف قريباً

والعلة فى ذلك : احتمال أن تكون حاملا ، فيحصل الندم فإن كان الحمل مستبيناً فقد طلق وهو على بصيرة . فلا يخاف أمراً يتجدد معه الندم

فوائد

الأولى : قال فى المحرر : وكذا الحكم لو طلقها فى آخر طهر لم يصبها فيه .

يعنى : أنه طلاق بدعة ومحرم ، ويقع

وتبعه شارحه على ذلك ، وصاحب الحاوى الصغير

وستعلم رأيه القصى فى المجرد .

وجماهير الأصحاب على أنه مباح والحسابة هذه ، إلا على رواية أن القروء : الأطهار .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً

الثانية : أكثر الأصحاب على أن العلة فى منع الطلاق من الحيض : هى تطويل العدة .

وخالفهم أبو الخطاب فقال : لكونه فى زمن رغبته عنها

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وقد يقال : إن الأصل فى الطلاق النهى عنه فلا يباح إلا وقت الحاجة وهو الطلاق الذى تنقضى العدة لأنه بدعة

الثالثة : اختلف الأصحاب فى الطلاق فى الحيض : هل هو محرم لحق الله ، فلا يباح وإن سألته إياه ، أو لحقها فيباح بسؤالها ؟ فيه وجهان

قال الزركشى : والأول ظاهر إطلاق الكتاب والسنة .

قلت : وهو ظاهر كلام المصنف هنا وغيره .

لكن الذى جزم به فى العدة ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم — وقدمه فى المحرر ، والوجيز ، والحاوى الصغير وغيرهم — : أن جميع المحائض — زاد فى المحرر ، وغيره — وأطهارهن — سؤالها غير محرم ولا بدعة ذكره أكثرهم فى كتب الجميع

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : ولا منع لجميع ولا بدعة من طلاق موص

وتقدم ذلك أيضاً فى باب الحيض ، عند قوله « ويمنع سنة الطلاق » .

الرابعة : العلة فى تحريم جمع الثلاث : سد الباب على نفسه وعدم المخرج .

وقال بعضهم : هل العلة فى النهى عن جمع الثلاث التحريم المستفاد منها . أو تضييع الطلاق لا فائدة له ؟ وبنى على ذلك تحريم جمع الطلقتين .

الخامسة : قال فى الترغيب : تحتمل المرأة تمام الرجل فى معنى الوطء . قال : وكذا وطؤها فى غير القبل ، لوجوب العدة

قلت : وفيه نظر ظاهر .

قوله ﴿ وتُستحبُّ رَجْعَتُها ﴾

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : أنها واجبة . ذكرها فى الموجز ، والتبصرة ، والترغيب . وهو قول فى الرعايتين ، فيما إذا وطىء فى طهر طلقها فيه

وعنه : أنها واجبة فى الحيض . اختارها فى الإرشاد ، والمنهج

فائدتان

إحداهما : لو علق طلاقها بقيامها ، فقامت حائضاً ، فقال فى الانتصار : هو طلاق مباح

وقال فى الترغيب : هو طلاق بدعى .

وقال فى الرعاية : يحتمل وجهين

وذكر المصنف : إن علق الطلاق بقدوم زيد ، فقدم فى حيضها فبدعة ، ولا إثم

قلت : مقتضى كلام أبى الخطاب ـ فى الانتصار ـ أنه مباح ، بل أولى بالإباحة ، وهو أولى .

وحرم فى الرعاية الصغرى أنه إذا وقع ما كان عقبه وهى حائض أنه يحرم ويقع .

الثانية - طلاقها فى الطهر المتعقب للرجعة بدعة فى ظاهر المذهب واختاره الأكثر قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله

وقدمه فى الفروع . وصححه فى الرعاية ، والقواعد ، وغيرها .

قلت : فيعايى بها .

وعنه يجوز واحد فى التغريب ، ويلزمه وطؤها

قوله ﴿ وإن طلقها ثلاثا فى طهر لم يصبها فيه : كره وفى تحريمه روايتان ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والهدى ، والكافى .

إحداهما : يحرم وهو المذهب . نص عليه فى رواية ابن هانىء وأبى داود ، والمروذى ، وأبى بكر بن صدقة ، وأبى الحارث . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى العمدة ، والوجيز ، ومنتخب الآدمى البغدادى ، وغيرهم .

قال الشيخ تقى الدين ، وصاحب الفروع : اختاره الأكثر

قلت منهم أبو بكر ، وأبو حفص ، والقاضى ، والشريف وأبو الخطاب ، والقاضى أبو الحسين ، والمصنف ، والشارح ، وابن منجا فى شرحه ، وابن رزين فى شرحه

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : أصح الروايتين أنه يحرم

وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والفروع

والرواية الثانية : ليس بحرام . اختارها الخرقي . وقدمها في الروضة . والمحرر ، والنظم ، والحاوي الصغير . وجزم به في المنور

قال الطوفي : ظاهر المذهب أنه ليس ببدعة .

قلت : ليس كما قال

وعنه : الجمع في الطهر بدعة ، والتفريق في الأطهار من غير مراجعة سنة

فعلى الرواية الثانية : يكون الطلاق على هذه الصفة مكروهاً .

ذكره جماعة من الأصحاب ، منهم المصنف هنا . وقدمه في الفروع .

ونقل أبو طالب : هو طلاق السنة . وقدمه في الرعايتين

وعلى المذهب : ليس له أن يطلق ثانية وثالثة قبل الرجعة . على الصحيح من المذهب

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : اختارها أكثر الأصحاب ، كأبي بكر ، والقاضي ، وأصحابه . قال : وهو أصح .

وعنه : له ذلك قبل الرجعة

فائدة : لو طلق ثانية وثالثة في طهر واحد ، بعد رجعة أو عقد ، لم يكن بدعة بحال . على الصحيح من المذهب . جزم به في الرعاية . وقدمه في الفروع .

وقدم في الانتصار رواية تحريمه حتى تفرغ العدة

وجزم به في الروضة : فيما إذا رجع .

قال : لأنه طول العدة ، وأنه معنى نهيه تعالى بقوله (٢ : ٢٣١ ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا) .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن طلاقها اثنتين ليس كطلاقها ثلاثاً . وهو صحيح اختاره المصنف ، والشارح . وقدمه في الفروع .

وقيل : حكمه حكم الطلاق الثلاث . جزم به في المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

وأطلقهما في القواعد الأصولية

وقال : وقد يحسن بناء والتي تحريم الطلاق من غير حاجة على أصل قاله أبو يعلى في تعليقه الصغير . وأبو الفتح ابن المني ، وهو : أن النكاح لا يقع إلا فرض كفاية وإن كان ابتداء الدخول فيه سنة انتهى

وقال بعض الأصحاب : مأخذ الخلاف أن العلة في النهي عن جمع الثلاث : هل هي التحريم المستفاد منها ، أو تضييع الطلاق لا فائدة له ؟ فينبني على ذلك جمع الطلقتين

فائدة : إذا طلقها ثلاثاً متفرقة بعد أن راجعها : طلقت ثلاثاً بلا نزاع في المذهب وعليه الأصحاب منهم الشيخ تقي الدين رحمه الله

وإن طلقها ثلاثاً مجموعة قبل رجعة واحدة طلقت ثلاثاً ، وإن لم ينوها على الصحيح من المذهب نص عليه مراراً وعليه الأصحاب ، بل الأئمة الأربعة رحمهم الله وأصحابهم في الجملة

وأوقع الشيخ تقي الدين رحمه الله من ثلاث مجموعة ، أو متفرقة ، قبل رجعة : طلقة واحدة وقال : لا نعلم أحداً فرق بين الصورتين

وحكى عدم وقوع الطلاق الثلاث جملة بل واحدة في المجموعة أو المتفرقة عن جده المجد ، وأنه كان يفتي به أحياناً سراً .

ذكره عنه في الطلقات . لأنه محجور عليه إذن فلا يصح ، كالعقود المحرمة لحق الله تعالى

[وظاهره : ولو وجب عليه فراقها ، لإمكان حصوله بخلع بعوض يعارض لفظ الطلاق ونيته ، فضلا عن حصوله بنفس طلقة واحدة أو طلقات][1]

وقال عن قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه في إيقاع الثلاث : إنما جعله

(١) الزيادة بين المربعين من نسخة الشيخ عبد الله .

لإكثارهم منه ،[1] فعاقبهم على الإكثار منه ، لما عصوا بجمع الثلاث فيكون عقوبة من لم يتق الله ، من التعزير الذي يرجع فيه إلى اجتهاد الأئمة ، كالزيادة على الأربعين في حد الخمر ، لما أكثر الناس منها وأظهروه : ساغت الزيادة عقوبة . انتهى

[واختاره الحلي وغيره من المالكية الحديث صحيح في مسلم يقتضي أن المراد بالثلاث في ذلك ثلاث مرات ، لا أن المراد بذلك ثلاث تطليقات .

فعليه لو أراد به الإقرار لزمته الثلاث اتفاقا ، إن امتنع صدقه ، وإلا فظاهراً فقط][2]

واختاره أيضاً ابن القيم وغيره ، في الهدى وغيره ، وكثير من أتباعه .

قال ابن المنذر هو مذهب أصحاب ابن عباس رضي الله عنهما — كعطاء ، وطاوس ، وعمرو بن دينار رحمهم الله — نقله الحافظ شهاب الدين أحمد بن حجر في فتح الباري شرح البخاري .

وحكى المصنف عن عطاء ، وطاوس ، وسعيد بن جبير ، وأبي الشعثاء ، وعمرو بن دينار ، أنهم كانوا يقولون من طلق البكر ثلاثا ، فهي واحدة .

وقال القرطبي — في تفسيره على قوله تعالى (٢ : ٢٢٩ الطلاق مرتان) — اتفق أئمة الفتوى على لزوم إيقاع الثلاث وهو قول جمهور السلف وشذ طاوس ، وبعض أهل الظاهر ، فذهبوا إلى أن الطلاق الثلاث في كلمة واحدة يقع واحدة ويروى هذا عن محمد بن إسحاق ، والحجاج بن أرطاة[3]

---

(١) في حديث عمر رضي الله عنه « أن الناس تتابعوا فيه » يعني وقعوا بجهل وغفلة فيما يؤذيهم ويضرهم .

(٢) كذا في الأصل ، وهو زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

(٣) للإمامين الجليلين ، شيخي الإسلام ، ابن تيمية وتلميذه ابن القيم تحقيقات جليلة لا تدع مجالا للشك أنه لا يقع إلا واحدة .

وقال بعد ذلك : ولا فرق بين أن يوقع ثلاثاً مجتمعة في كلمة ، أو متفرقة في كلمات ثلاث

وقال بعد ذلك : ذكر محمد بن أحمد بن مغيث في وثائقه : أن الطلاق ينقسم إلى طلاق سنة ، وطلاق بدعة . فطلاق السنة : أن يطلقها في حيض ، أو ثلاثا في كلمة واحدة . فإن فعل لزمه الطلاق

ثم اختلف أهل العلم - بعد إجماعهم على أنه مطلق - كما يلزمه من الطلاق ؟ فقال علي ، وابن مسعود رضي الله عنهما : لزمه طلقة واحدة . وقاله ابن عباس رضي الله عنهما . وقال : قوله « ثلاثا » لا معنى له ، لأنه لم يطلق ثلاث مرات .

وقاله الزبير بن العوام ، وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما . وروي ذلك عن ابن وضاح

وقال به من شيوخ قرطبة : ابن زنباع ، ومحمد بن بقي بن مخلد ، ومحمد بن عبد السلام الخشني ، فقيه عصره ، وأصبغ بن الحباب ، وجماعة سواهم .

وقد يخرج قياس - من غيره مسألة من المدونة - ما يدل على ذلك - وذكره - وعلى ذلك تتعاليق جيدة انتهى

فوقوع واحدة في الطلاق الثلاث - الذي ذكرناه هنا - لكونه طلاق بدعة لا لكون الثلاث واحدة

قوله (وإن كانت المرأة صغيرة ، أو آيسة ، أو غير مدخول بها ، أو حاملاً قد استبان حملها : فلا سنة لطلاقها ولا بدعة ، إلا في العدد)

هذه إحدى الروايات .

قال الشارح : فهؤلاء كلهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة من جهة الوقت . في قول أصحابنا . انتهى . وقدمه في النظم .

وعنه : لا سنة لهن ولا بدعة ، لا في العدد ولا في غيره . وهو المذهب .

جزم به في الوجيز . وصححه في الهداية ، والمذهب .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وأطلقهما فى المستوعب

وعنه : سنة الوقت تثبت للحامل . وهو قول الخرقى

فلو قال لها « أنت طالق للبدعة » طلقت بالوضع . لأن الناس زمن بدعة . كالحيض

ونقل ابن منصور : ولا يعجبنى أن يطلق حائضا لما يدخل بها .

فعلى الرواية الثانية — وهى المذهب — : لو قال لمن اتصفت ببعض هذه الصفات « أنت طالق للسنة طلقة وللبدعة طلقة » وقع طلقتان . إلا أن ينوى فى غير الآيسة إذا صارت من أهل تلك الوصف فيدين . على الصحيح من المذهب

وذكر فى الواضح وجهاً : أنه لا يدين .

وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على وجهين ذكرهما القاضى .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والمغنى ، والشرح

وظاهر كلامه فى المنور : أنه لا يقبل فى الحكم .

والوجه الثانى : يقبل .

قال المصنف ، والشارح : هذا أشبه بمذهب الإمام أحمد رحمه الله . لأنه فسر كلامه بما يحتمله

فائدة : لو قال من لها سنة وبدعة « أنت طالق طلقة للسنة ، وطلقة للبدعة » طلقت طلقة فى الحال ، وطلقة فى ضد حالها الراهنة . قاله الأصحاب

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ لِمَنْ لَهَا سُنَّةٌ وَبِدْعَةٌ أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ فِي طُهْرٍ لَمْ يُصِبْهَا فِيهِ : طُلِّقَتْ فِي الْحَالِ ﴾ بلا نزاع .

وظاهر قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ حَائِضًا : طُلِّقَتْ إِذَا طَهُرَتْ ﴾ .

سواء اغتسلت أو لا . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب

قال في البلغة : هذا أصح الوجهين .

قال الزركشي : هذا المذهب .

وقدمه في المغني ، والشرح ، ونصراه ، والزركشي . وهو ظاهر كلام الخرقي

وقيل : لا تطلق حتى تغتسل . اختاره ابن أبي موسى

قال الزركشي : ولعل مبنى القولين : على أن العلة في المنع من طلاق الحائض

إن قيل : تطويل العدة ـ وهو المشهور ـ أبيح الطلاق بمجرد الطهر .

وإن قيل : الرغبة عنها : لم تبح رجعتها حتى تغتسل ، لمنعها منها قبل الاغتسال . انتهى

ويأتي في « باب الرجعة » ما يقرب من ذلك . وهو ما « إذا طهرت من الحيضة الثالثة ولم تغتسل . هل له رجعتها ، أم لا » ؟

قوله (وإنْ قال لها : أنْتِ طالِقٌ لِلْبِدْعَةِ وهِيَ حائِضٌ ، أو في طُهْرٍ أصابَها فيه ، طَلُقَتْ في الحالِ . وإنْ كانَتْ في طُهْرٍ لمْ يُصِبْها فيهِ ، طَلُقَتْ إذا أصابَها ، أوْ حاضَتْ) .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب

لكن ينزع في الحال بعد إيلاج الحشفة ، لوقوع طلاق ثلاث عقيب ذلك

فإن استدام ذلك : حُدَّ العالم ، وعذر الجاهل . قاله الأصحاب .

وقال في المحرر : وعندي أنها تطلق طلقتين في الحال إذا كان زمن السنة ـ

وقلنا : الجمع بدعة ـ بناء على اختياره من أن جمع طلقتين بدعة

قوله (وإنْ قال لها « أنْتِ طالِقٌ ثلاثًا لِلسُّنَّةِ » طَلُقَتْ ثلاثًا في طُهْرٍ لمْ يُصِبْها فيهِ ، في إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ) .

قال المصنف ، والشارح : هذا المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، وصححه في التصحيح ، والنظم . وجزم به في الوجيز

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين

وفي الأخرى : تطلق في الحال واحدة . وتطلق الثانية والثالثة في طهرين في نكاحين إن أمكن

واختارها جماعة

وعنه : تطلق ثلاثا في ثلاثة أطهار لم يصبها فيهن وهو ظاهر ما قدمه في الفروع .

وأطلقهن في المحرر ، والحاوي الصغير

تنبيه : قال القاضي ، وأبو الخطاب ، في الهداية ، وابن الجوزي في المذهب ، والسامري في المستوعب ، وغيرهم : وقوع الثلاث في طهر لم يصبها فيه ، مبني على الرواية التي قال فيها : إن جمع الثلاث يكون سنة

فأما على الرواية الأخرى : فإذا طهرت طلقت واحدة . وتطلق الثانية والثالثة في نكاحين آخرين ، أو بعد رجعتين

وقد أنكر الإمام أحمد رحمه الله هذا القول . فقال في رواية مهنا : إذا قال لامرأته « أنت طالق ثلاثا للسنة » قد اختلفوا فيه .

فمنهم من يقول : تقع عليها الساعة واحدة . فلو راجعها تقع عليها تطليقة أخرى ، وتكون عنده على أخرى ، وما يعجبني قولهم هذا

قال القاضي ، وأبو الخطاب : فيحتمل أن الإمام أحمد رحمه الله : أوقع الثلاث لأن ذلك عنده سنة . ويحتمل أنه أوقعها بوصفه الثلاث بما لا يتصف به . فألغى الصفة ، وأوقع الثلاث ، كما لو قال لحائض : أنت طالق في الحال للسنة

وقال في رواية أبي الحارث : ما يدل على هذا .

فإنه قال : تقع عليها الثلاث ولا معنى لقوله « للسنة »

قال ابن منجا في شرحه : وفي هذا الاحتمال نظر . لأنه لو ألغى قوله « للسنة »

وجب أن يطلق في الحال ، حائضاً كانت أو طاهراً ، مجامعة أو غير مجامعة ، لأنه إذا ألغى قوله « للسنة » بقي « أنت طالق » وهو موجب لما ذكره .

ولقائل أن يقول : إن وقوع الثلاث يمكن تخريجه على غير ذلك ، وهو : أنه لما كانت البدعة على ضربين ، أحدهما : من جهة العدد ، والأخرى : من جهة الوقت ، فحيث جمع الزوج بين الثلاث وبين السنة : كان ذلك قرينة في إرادته السنة من حيث الوقت ، لا من حيث العدد . فلا يلحظ في الثلاث السنة ، لعدم إرادته له ، ويصير كما لو قال « أنت طالق ثلاثاً » ويلحظ السنة في الوقت ، لإرادته له ، فلا يطلق إلا في طهر لم يصبها فيه . انتهى

فائدة : لو قال لمن لها سنة وبدعة « أنت طالق ثلاثاً . نصفها للسنة ، ونصفها للبدعة » طلقت طلقتين في الحال ، وطلقت الثالثة في ضد حالها الراهنة . وهذا الصحيح من المذهب . اختاره القاضي .

قال في الفروع : هذا الأصح

وجزم به في المغني ، والشرح ، وقدمه في الرعايتين ، والنظم

وهو ظاهر ما قدمه في المحرر ، والحاوي الصغير

وقال ابن أبي موسى : يطلق الثلاث في الحال ، لتبعيض كل طلقة . انتهى

وكذا لو قال « أنت طالق ثلاثاً للسنة والبدعة » وأطلق .

ولو قال « طلقتان للسنة ، وواحدة للبدعة » أو عكسه ، فهو على ما قال

فإن أطلق ثم قال « لو نويت ذلك » إن فسر بينه بما يقع في الحال : طلقت وقبل قوله ، لأنه يقتضي الإطلاق ، لأنه غير متهم فيه

وإن فسرها بما يقع طلقة واحدة ويؤخر اثنتين : دين ، ويقبل في الحكم على الصحيح

قال المصنف ، والشارح : هذا أظهر

وقيل : لا تقل في الحكم لأنه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الإطلاق .
وأطلقهما في الفروع

ولو قال « أنت طالق ثلاثاً » بعضهن للسنة ، وبعضهن للبدعة « طلقت في الحال طلقتين » على الصحيح من المذهب قدمه في المغني ، والشرح ، والرعاية .

ويحتمل أن يقع طلقة ، وتضم الثانية إلى الحال الأخرى

قوله (وإن قال لها أنت طالق في كل قرء ، وهي من اللائي لم يحضن ، لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة) .

بلا نزاع لكن تنقضي العدة التي لم يدخل بها

والصحيح من المذهب : أن القرء هو الحيض . على ما يأتي في باب العدد

قوله (وإن قدما : القرء الأطهار) .

وهي مسألة المصنف (فهل تطلق في الحال طلقة ؟)

أطلق المصنف فيه وجهين

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع .

إحداهما : تطلق في الحال طلقة . وهو المذهب .

جزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة .

والوجه الثاني : لا تطلق إلا في طهر بعد حيض متجدد .

فوائد

إحداها : حكم الحامل كحكم اللائي لم يحضن ، على ما تقدم

وأما الآية فتطلق طلقة واحدة على كل حال قاله القاضي . واقتصر عليه المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

الثانية : قوله ﴿ وإن قال أنت طالق أحسن الطلاق وأجمله ، فهو كقوله أنت طالق للسنة ﴾ .

وكذا قوله « أقرب الطلاق ، وأعدله ، وأكمله ، وأفضله ، وأتمه ، وأسنه » ونحوه

وكذا قوله « طلقة جليلة ، أو سنية » ونحوه .

وإن قال « أقبح الطلاق وأسمجه » وكذا « أخس الطلاق وأرداه ، أو أشنه » ونحوه .

فهو كقوله « للبدعة ، إلا أن ينوي أحسن أحواله أو أقبحها : أن تكون مطلقة » فيقع في الحال بلا نزاع .

لكن لو نوى بأحسنه : زمن البدعة ، لشبهه بحقيقة القبح ، أو بأقبحه : زمن السنة . لقبح عشرتهن ونحوه فهل يحكم وجهان

وأطلقهما في الفروع وأطلقهما أبو المعالي ، والشرح .

قال في الرعاية الكبرى ، وقيل إن قال في أحسن الطلاق ونحوه « أردت طلاق البدعة » وفي أقبح الطلاق ونحوه « أردت طلاق السنة » قبل قوله في الأغلظ عليه ، ودُيِّن في الأخف .

وهل يقبل حكما أو يدين فيه وجهان انتهى

الثالثة : قوله ﴿ وإن قال : أنت طالق طلقة حسنة قبيحة : طلقت في الحال ﴾ .

وكذلك لو قال « أنت طالق في الحال للسنة » وهي حائض أو قال « أنت طالق للبدعة في المحال » وهي في طهر لم تصبها فيه بلا نزاع فيهما

باب صريح الطلاق وكنايته

فائدة: لو قال « امرأتي طالق » وأطلق البه أو قال « عبدي حر » أو « أمتي حرة » وأطلق البية طلق جميع نسائه وعتق جميع عبيده وإمائه . على الصحيح من المذهب وعليه جماهير أصحاب ونص عليه

وهو من مفردات المذهب .

واختار المصنف ، وصاحب الفائق أنه لا يطلق إلا واحدة ، ولا يعتق إلا واحدة . وتخرج بالقرعة

وتقدم هذا أيضاً في أواخر كتاب العتق بعد قوله « وإن قال : كل مملوك لي حر »

قوله ﴿وَصَرِيحُهُ لَفْظُ « الطَّلَاقِ » وَمَا يَتَصَرَّفُ مِنْهُ﴾

يعني أن صريح الطلاق : هو لفظ « الطلاق » وما تصرف منه ، لا غير .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب

وصححه المصنف ، والشارح ، وابن منجا في شرحه ، والناظم

واختاره ابن حامد .

قال في الهداية : وهو الأقوى عندي

وجزم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمي السعدي ، وغيرهم .

وقدمه في المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وتجريد العناية .

وقال في الفائق : صريحه ثلاثة ألفاظ « الطلاق » و« الفراق » و« السراح » وما تصرف منهن .

وقال أبو بكر : وعبد القادر . واختاره الشريف ، وأبو الخطاب ، في خلافهما ، والشيرازي ، وابن البنا

قال فى الواضح : اختاره الأكثر .

وجزم به القاضى فى الجامع الصغير ، وابن عقيل فى التذكرة .

وقدمه فى المستوعب والخلاصة ، والبلغة ، وإدراك الغاية

وأطلقهما فى الأصول ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والكافى ، والهادى ، والرعاية الكبرى .

وعنه « أنت مطلقة » ليست صريحة ذكرها أبو بكر لاحتمال أن تكون طلاقاً ماضياً .

قال الزركشى : ويلزمه ذلك فى « طلقتك » .

وقيل : « طلقتك » ليست صريحة أيضاً بل كناية

قال فى الفروع : فيتوجه عليه أنه يحتمل الإنشاء والخبر وعلى الأول : هو إنشاء

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هذه الصيغ إنشاء ، من حيث إنها هى التى أثبتت الحكم وسببته وهى إخبار ، لدلالتها على المعنى الذى فى النفس .

وفى الكافى احتمال فى « أنت الطلاق » أنها ليست صريحة

وقيل : بل لفظ « الإطلاق » نحو قوله « أطلقتك » صريح وهو احتمال للقاضى . وردده المصنف ، والشارح .

وأطلق فى المستوعب والبلغة فيه وجهين .

فوائد

الفائدة الأولى : لو قال لها « أنتِ طالق » بفتح التاء : طلقت . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقال أبو بكر ، وابن عقيل لا تطلق

قلت فى الفروع : ويتوجه الخلاف على مسألة الآنية

الثانية : لو قال لزوجته « كلما قلت لى شيئاً ، وقلت لك مثله ، فأنت طالق

ثلاث » فهذه وقعت رمس ابن جرير الطبري رحمه الله تعالى فأفتى فيها بأنه لا يقع إذا علقه ، بأن قال لها « أنت طالق ثلاثا إن أنا طلقتك »

وقال في الفروع : طلقت ، وله علقه

وجزم في المستوعب : أنها تطلق إذا قال بكسر الهاء ، وقاله

وقال في موضع : إذا قاله ، وعلقه بشرط : تطلق

وإن فتح التاء مذكراً لم يحكه ابن عقيل عن القاضي أنها تطلق لأنه واجهها بالإشارة والتعيين . فسقط حكم اللفظ .

نقله في المستوعب ، وقال : حكى عن أبي بكر أنه قال في التنبيه : إنه لا تطلق قال : ولم أجدها في التنبيه

وذكر كلام ابن جرير لابن عقيل ، فاستحسنه وقال : لو فتح التاء تخصص .

وقال في الفروع : ولو كسر التاء تخصص وبقي معلقاً ذكره ابن عقيل

قال ابن الجوزي : وله التمادي إلى قبيل الموت

وقيل : لا يقع عليه شيء لأن استثناء ذلك معلوم بالقرينة

قال ابن القيم رحمه الله في بدائع الفوائد : وفيه وجه آخر أحسن من وجهي ابن جرير ، وابن عقيل . وهو جار على أصول المذهب ، وهو . تخصيص اللفظ العام بالنية ، كما لو حلف « لا يتغدى » ونيته غداء يومه : قصر عليه ، ولو حلف « لا يكلمه » ونيته : تخصيص الكلام مما يكرهه : لم يحنث إذا كلمه بما يحبه ونظائره كثيرة وعلله بتعاليل جيدة .

قلت : وهو الصواب .

الثالثة : من صريح الطلاق أيضاً إذا قيل له « أطلقت امرأتك ؟ » قال

« نعم » على الصحيح من المذهب ، كما تأتي في كلام المصنف قريباً

جزم به في الكافي هنا ، وغيره وقدمه الزركشي ، وغيره

ويحتمل أن لا يكون صريحاً . قاله الزركشي .

عند قوله ﴿ وما تصرَّفَ منْهُ ﴾

يستثنى من ذلك الأمر والمضارع .

وقد تقدم نظيره في أول كتاب العتق والتدبير

وكذا قوله « أنت مطلقه » بكسر اللام ، اسم فاعل

قوله ﴿ فمتى أتى بصريح الطَّلاقِ : وقعَ نواهُ ، أوْ لَمْ ينوِهِ ﴾ .

أو بدا نوه . فلا نزاع في الوقوع

وأما بدا نوه فالصحيح من المذهب - ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله ، وعليه الأصحاب - أنه يقع مطلقاً

وعنه : لا تقع إلا نية ، أو قرينة غضب ، أو سؤلها ونحوه .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وكثير من الأصحاب : وقوع الطلاق من الهازل واللاعب ، كالجاد . وهو صحيح . نص عليه الإمام أحمد رحمه الله وعليه الأصحاب وصرحوا به وكذلك المخطيء . قاله الناظم ، وغيره .

فائدة . لا يقع من النائم ، كما تقدم في كلام المصنف في كتاب الطلاق ، ولا من الحاكي عن نفسه ، ولا من المفتي الذي يكرره ، ولا من زائل العقل ، إلا ما تقدم من السكران ونحوه ، على الخلاف

قوله ﴿ وإنْ نَوى بقوله « أنْتِ طالِقٌ » مِنْ وثاقٍ ، أوْ أرادَ أنْ يقولَ « طاهرٌ » فسَبَقَ لسانُهُ ، أوْ أرادَ بقوله « مطلَّقةٌ » مِنْ زَوْجٍ كانَ قبلَهُ لَمْ تطْلُقْ وإنِ ادَّعى ذلِكَ . دُيِّنَ ﴾

الصحيح من المذهب . أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى وعليه الأصحاب

وعنه . لا يدين حكاها ابن عقيل في بعض كتبه ، والحلواني . كالهازل على أصح الروايتين .

قوله (وهل يُقبَلُ فِي الحُكْمِ ؟ عَلَى رِوَايتين إلاَّ أنْ يَكُونَ فِي حالِ الْغَضَبِ ، أوْ بعْدَ سُؤالِها الطَّلاقَ . فلا يُقبَلُ) .

قولا واحداً . وأطلق الروايتين فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والتلخيص ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، وتجريد العناية .

احداهما : يقبل . وهو المذهب . صححه فى التصحيح

وجزم به فى الوجيز ، ومنتخب الأدمى

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والكافى إلا فى قوله « أردت أنها طالقة من زوج كان قبلى » وكان كذلك . فأطلق فيها وجهين

والرواية الثانية : لا يقبل فى الأظهر .

قال فى إدراك الغاية : لا يقبل فى الحكم فى الأظهر .

قال فى الخلاصة : لا يقبل فى الحكم على الأصح

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وفيما إذا قال « أردت أنها مطلقة من زوج كان قبلى » وجه ثالث : أنه يقبل إن كان وحده ، وإلا فلا

قلت . وهو قوى

ويأتى ذلك أيضاً فى أول « باب الطلاق فى الماضى والمستقبل » عند قوله « إن قلت أردت أن زوجة قبلى طلقها » .

تنبيه : مثل ذلك — خلافاً ومذهباً — لو قال « أنت طالق » وأراد أن يقول « إن قمت » فترك الشرط . ولم يرد به طلاقاً قاله فى الفروع ، وغيره .

ويأتى فى كلام المصنف فى أول « باب تعليق الطلاق بالشروط » « لو قال أنت طالق » ثم قال « أردت إن قمت » وقيل : لا يقبل هنا

قوله ﴿ ولَوْ قِيلَ لَهُ : أَطَلَّقْتَ امْرَأَتَكَ ؟ قَالَ : نَعَمْ وَأَرَادَ الْكَذِبَ : طَلُقَتْ ﴾ .

وهو المذهب مطلقاً وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به في المغني ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم

وقدمه في الفروع ، وغيره

وقال ابن أبي موسى : تطلق في الحكم فقط .

وتقدم احتمال ذكره الزركشي : أن هذه الصيغة ليست بصريح في الطلاق ، كما لو قال « كنت طلقتها »

وكذا الحكم لو قيل له « امرأتك طالق ؟ » فقال « نعم » أو « ألك امرأة ؟ » فقال « قد طلقتها » فلو قال أردت أني طلقتها في نكاح آخر ، دين .

وفي الحكم وجهان ، إن كان وحده قدم في الرعاية : أنه لا يقبل

ولو قيل له « أأحليتها ؟ » فقال « نعم » فكناية

فائدتان

إحداهما : لو أشهد عليه بطلاق ثلاث ، ثم استفتى فأفتى بأنه لا شيء عليه . لم يؤاخذ بإقراره ، لمعرفة مستنده ، ويقبل قوله بيمينه لأن مستنده في إقراره ذلك ممن يجهله مثله .

ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله . واقتصر عليه في الفروع .

وتقدم ذلك في آخر « باب الخلع » أيضاً .

الثانية : لو قال قائل العالم بالنحو « ألم تطلق امرأتك ؟ » فقال « نعم » لم تطلق ، وإن قال « بلى » طلقت ذكره الناظم وغيره

وأبى نظير ذلك في أوائل « باب ما يحصل به الإقرار » ولم يفرقوا هناك بين العالم وغيره ، والصواب التفرقة

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ ولَوْ قِيلَ لَهُ : أَلَكَ امْرَأَةٌ ؟ قَالَ : لَا ، وأَرَادَ الْكَذِبَ ، لَمْ تُطَلَّقْ ﴾

أنه لو لم يرد الكذب ، أنها تطلق

ومثله قوله « ليس لي امرأة » أو « لست لي بامرأة » ونوى الطلاق . وهو صحيح لأنه كناية[1] على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال الزركشي : هذا هو المشهور من الرواية

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمغني ، والشرح

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والفروع ، والحاوي الصغير . وصححه الناظم .

ونقل أبو طالب : إذا قيل « ألك امرأة ؟ » فقال « لا » ليس بشيء .

وأخذ المجد من إطلاق هذه الرواية : أنه لا يلزمه طلاق . ولو نوى يكون لغواً . وحملها القاضي على أنه لم ينو الطلاق

فعلى المذهب : لو حلف بالله على ذلك ، فقد توقف الإمام أحمد رحمه الله — في رواية مهنا — عن الجواب . فيحتمل وجهين

وأطلقهما في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي ، والفروع ، والزركشي .

وقال : مبناهما على أن الإثبات : هل تؤكد ، فيقع الطلاق ، أو لا تؤكد إلا الخبر فتتعين خبريته هذا فلا يقع الطلاق ؟

قال ابن عبدوس : ذلك كناية . وإن أقسم بالله

قوله ﴿ وإِنْ لَطَمَ امْرَأَتَهُ ، أَوْ أَطْعَمَهَا ، أَوْ سَقَاهَا ﴾

وكذا لو ألبسها ثوباً ، أو أخرجها من دارها أو قبلها . ونحو ذلك ، وقال « هذا طلاقك » طلقت ، إلا أن ينوي أن هذا سبب طلاقك ونحو ذلك

علم أنه إذا فعل ذلك ، فلا يخلو إما أن ينوي به طلاقها أو لا

فإن نوى به طلاقها : طلقت . وإن لم ينوه ، وقع أيضاً لأنه صريح على الصحيح من المذهب . نص عليه

---

(١) في نسخة استانبول « لكنه كناية » .

وقال في الفروع : فنصه صريح .

وقال في الرعايتين : إن فعل ذلك وقع . نص عليه

وقال في المستوعب ، والتلخيص : منصوص الإمام أحمد رحمه الله ، أنه يقع سواء أولم ينوه .

قال في الكافي : فهو صريح ذكره ابن حامد .

وذكر القاضي : أنه منصوص الإمام أحمد رحمه الله .

قال الزركشي : كلام الخرقي يقتضيه .

وقطع به في الخلاصة ، وتذكرة ابن عبدوس

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والحاوي وأخذه ابن حامد ، وغيره .

وعنه : أنه كناية

قال في المحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوي ، وغيرهم ، وقيل لا يلزمه حتى ينويه

قال القاضي : يتوجه أنه لا يقع حتى ينويه نقله في التلخيص

وقدمه المصنف ، والشارح أنه كناية ، وصححاه .

وهو ظاهر كلام أبي الخطاب في الخلاف

قال الزركشي ويحتمله كلام الخرقي . ويكون القلم قائماً مقام النية . لأنه يدل على القصد

فعلى المذهب - وهو الوقوع من غير نية - لو فسره بمحتمل غيره : قبل .

وقاله ابن حمدان ، والزركشي

وقال : وعلى هذا فهذا ، فسر رأسه ، ليس بصريح .

قلت في الترغيب ، والتبصرة : لو أطعمه ، أو سقاه فهل هو كالصريح ؟

فيه وجهان

على المذهب : لو نوى أن هذا سبب طلاقك : دُيِّنَ فيما بينه و بين الله تعالى .

وهل يقبل فى الحكم ؟ على وجهين وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : يقبل وهو الصحيح اختاره فى الهداية . وصححه فى الخلاصة .

وجزم به فى المحرر ، والنظم ، والحاوى ، والوجيز ، والمنصف ، وغيرهم .

والوجه الثانى لا يقبل فى الحكم .

فائدة : لو طلق امرأة ، أو ظاهر منها ، أو آلى . ثم قال سريعاً لصرتها : « أشركتك معها » أو « أنت منها » أو « أنت كهى » أو « أنت شريكتها » فهو صريح — فى الضرة — فى الطلاق والظهار . على الصحيح من المذهب نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقدمه — فى الطهارة — فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقدمه — فيهما — فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى ، وغيرهم .

وعنه أنه فيهما كناية وأطلقهما فى الفروع

وأما الإيلاء : فلا يصير المولى موليًا من الضرة مطلقًا على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به المصنف .

وقدمه فى المقنع — فى باب الإيلاء — وصاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى فى آخر باب الإيلاء

وعنه : أنه صريح فى حق الضرة أيضًا فيكون موليًا منها أيضًا . نص عليه

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين والحاوى الصغير ، وغيرهم واختاره القاضى .

وعنه : أنه كناية فيكون موليًا منها بالنواه وإلا فلا

وأطلقهن فى الفروع

وبقى مسألة الإيلاء فى كلام المصنف فى باب الإيلاء

قوله ﴿ وإنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ لاَ شَيْءَ ، أَوْ لَيْسَ بِشَيْءٍ ، أَوْ لاَ يَلْزَمُكِ شَيْءٌ : طَلُقَتْ ﴾

هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب

قال المصنف ، والشارح : لا نعلم فيه خلافاً .

وجزم به في المحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم .

قال في الفروع : وإن قال « أنت طالق لاشيء » وقع في الأصح

وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير . أعني في قوله « أنت طالق لاشيء » فقط . وقيل : لاتطلق .

فائدة : وكذا الحكم لو قال « أنت طالق طلقة لا تقع عليك » أو « طالق طلقة لا ينقص بها عدد الطلاق »

قوله ﴿ وإنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ لاَ ، أَوْ طَالِقٌ وَاحِدَةً ، أَوْ لاَ : لَمْ يَقَعْ ﴾ .

أما إذا قال « أنت طالق أو لا » فالصحيح من المذهب أنه لا يقع وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والمحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم

وقدمه في المغني ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

ويحتمل أن يقع

وأما إذا قال « أنت طالق واحدة أو لا » فقدم المصنف هنا : عدم الوقوع . وهو أحد الوجهين

قدمه في المغني ، والشرح ، ونصراه ، وردا قول من فرق بينهما

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب وصححه في تصحيح المحرر .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب

وجزم به الأدمى فى منتخبه

ويحتمل أن يقع وهو الوجه الثانى وهو ظاهر ماجزم به فى الوجيز . فإنه ذكر عدم الوقوع فى الأولى ولم يذكره فى هذه

وجزم به فى المنور ، ومذكرة ابن عبدوس .

قال فى الخلاصة ، فقيل : تطلق واحدة واقتصر عليه .

وأطلقهما فى المحرر ، والنصم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم

قوله ﴿ وَإِنْ كَتَبَ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ ﴾

يعنى : صريح الطلاق ﴿ ونوى الطلاق وقع ﴾

إذا كتب صريح الطلاق ، ونوى به الطلاق : وقع الطلاق . على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب

قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، وغيرهم : وقع . زاد فى واحدة

وجزم به المصنف ، وصاحب الخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم

لأنه إما صريح ، أو كناية . وقد نوى به الطلاق

قال فى الفروع : ويتجه أنه لغو . احتمله بعض الأصحاب . بناء على إقراره بخطه وفيه وجهان

قال . ويتوجه عليه صحة الولاية بخطه وصحة الحكم به انتهى

قال فى رعايته : ويتجه أنه لا يقع بخطه شىء ، ولو نواه بناء على أن لخطه بالحق بدل إقرار شرعيّ فى الأصح انتهى

قلت : النفس تميل إلى عدم الوقوع بذلك

واختار فى الرعاية الكبرى - فى حد الإقرار - أنه يظهر الحق بخط أو كتابة .

وفى تعليق القاضى : مانقول فى العقود ، والحدود ، والشهادات : هل تثبت بالكتابة ؟

قيل: المنصوص عنه في الوصية: تثبت. وهي عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول فيحتمل أن تثبت جميعها لأنها في حكم الصريح. ويحتمل أن لا تثبت، لأنه لا كناية لها، فقويت. وللطلاق والعتق كناية، فضعفا.

قال المجد: لا أدري أراد صحتها بالكناية، أو تثبيتها بالظاهر.

قال في الفروع: ويتوجه أنه أرادهما.

قوله ﴿ وإنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا، فهلْ يقعُ؟ على وجْهَيْنِ ﴾.

وهما روايتان. خرجهما في الإرشاد.

وأطلقهما في المغني، والبلغة، والشرح، وشرح ابن منجا، والنظم والفروع.

أحدهما: هو أيضاً صريح. فيقع من غير نية. وهو الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

قال ناظم المفردات: أدخله الأصحاب في الصريح. ونصره القاضي وأصحابه.

وذكره الحلواني عن الأصحاب. وصححه في التصحيح.

قال في تجريد العناية: وقع، على الأظهر.

واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

وقدمه في المحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير.

والثاني: أنه كناية. فلا يقع من غير نية. جزم به في الوجيز.

قال في الرعاية: وهو أظهر.

قلت: وهو الصواب.

وتقدم تخريج بأنه لغو مع النية.

قوله ﴿ وإنْ نَوَى تجْوِيدَ خطِّهِ، أوْ عمَّ أهْلِهِ: لمْ يقعْ ﴾

هذا المذهب. يعني: أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى. وعليه الأصحاب.

وقد روى أبو طالب - فيمن كتب طلاق زوجته ، ونوى أن يعم أهله - قال : قد عمل في ذلك ، يعني - أنه يؤاخذ به .

قال المصنف ، والشارح . فظاهر هذا : أنه أوقع الطلاق

ويحتمل أن لا يقع : لأنه أراد عم أهله بتوهم الطلاق ، دون حقيقته . فلا يكون ناوياً للطلاق .

قوله ﴿ وَهَلْ تُقْبَلُ دَعْوَةُ فِي الْحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والبلغة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

إحداهما : تقبل . وهو المذهب

قال في المغني ، والشرح : هذا أصح الوجهين . وصححه في التصحيح .

قال في المحرر ، والفروع : قبل حكما . على الأصح

قال الناظم : هذا أجود

قال في تجريد العناية : قبل على الأظهر

وجزم به في الوجيز وغيره

والرواية الثانية : لا يقبل

قوله ﴿ وَإِنْ كَتَبَهُ بِشَيْءٍ لَا يَبِينُ ، لَمْ يَقَعْ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله

قال في تجريد العناية : لم يقع على الأظهر

وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في المغني ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قال أبو حفص : يقع

وأطلقهما في الهداية ، والمستوعب

فوائد

الأولى : لو كتبه على شيء لا يثبت عليه خط - كالكتابة على الماء والهواء - لم يقع ، بلا خلاف عند أكثر الأصحاب

وقال في الفروع ، وذكر في المغني الوجه لأبي حفص ، فيما إذا كتبه بشيء لا يمين هنا

فالصورة الأولى : صفة المكتوب به ، والصورة الثانية : صفة المكتوب عليه قاله في البلغة ، وغيره .

وأجرى المصنف الخلاف في المكتوب عليه ، كما هو في المكتوب به .

قلت : الشارح مثّل كلام المصنف بصفة المكتوب عليه فقال : مثل أن يكتبه بإصبعه على وسادة ، أو في الهواء ، وكذا قال الناظم

الثانية : لو قرأ ما كتبه ، وقصد القراءة ففي قبوله حكما الخلاف المتقدم . فيما إذا قصد تجويد خطه ، أو عم أهله ، ذكره في الترغيب

الثالثة : يقع الطلاق من الأخرس وحده بالإشارة

فلو فهمها البعض فكتابة ، وتأويله - مع صريح - كالمنطق ، وكنايته طلاق ولا يقع الطلاق بغير لفظ إلا في الكتابة ، والأخرس بالإشارة على ما تقدم فيهما

قوله (وصريحُ الطَّلاقِ في لِسانِ العجمِ « بهشتم » بكسر الياء والهاء وسكون الشين وفتح التاء . فإنْ قالهُ العربيُّ ، وهُوَ لا يفهمُهُ ، أو نطق الأعجميُّ بلفظِ « الطَّلاقِ » وهُوَ لا يفهمُهُ : لَمْ يقعْ) بلا نزاع (وإنْ نوى مُوجِبَهُ : فعلى وجهَيْنِ)

وأطلقهما في الخلاصة ، والمغني ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي

أحدهما : لا يقع . وهو المذهب . صححه في التصحيح

وجزم به في الوجيز ، ومنتخب الأدمي ، والمنور

وقدمه في الكافي ، والمحرر ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم

قال في القاعدة الرابعة بعد المائة : والمنصوص في رواية أبي الحارث أنه لا يلزمه الطلاق وهو قول القاضي ، وابن عقيل ، والأكثرين انتهى

والوجه الثاني : يقع . جزم به في المذهب وقدمه في الهداية ، والمستوعب

وقال في الانتصار ، وعيون المسائل ، والمفردات : من لم تبلغه الدعوة فهو غير مكلف ويقع طلاقه .

فائدة : لو قاله العجمي ، وقع ما نواه ، فإن زاد « بسيار » بأن قال « أنت بهشتم بسيار » طلقت ثلاثا

وقدمه في الفروع وجزم به في المغني ، والشرح ، ونصراه

وقال في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم : يقع ما نواه

وجزم به في الرعايتين

ونقله ابن منصور ، وقال : كل شيء بالفارسية على ما نواه لأنه ليس له حد ، مثل كلام عربي

قوله (والكنايات نوعان : ظاهرة ، وهي سبعة : أنت خلية ، وبرية ، وبائن ، وبتة ، وبتلة ، وأنت حرة ، وأنت الحرج)

هذا المذهب ، أعني أنها السبعة

وكذا « أعتقتك » وعليه أكثر الأصحاب

وجزم به في الوجيز ، وغيره وقدمه في الفروع ، وغيره .

وقيل « أبنتك » كـ « أنت بائن » وهو ظاهر كلامه في المستوعب

فإنه قال : فإن قيل « أبنتك » مثل « بائن » ويحتمل « ظهرتك » كما يحتمل « خلية » من غيره .

قلت : قد وجد في بعض الألفاظ « أبنك » ولأنه أظهر في الإبانة من « خلية » فاستوى تصريفه

ولأننا قد بيّنا أن في « أطلقتك » وجهين ، للمعنيين المختلفين ، فإن وجد مثله ، جوزناه انتهى

وجعل أبو بكر « لا حاجة لي فيك » و « باب الدار لك مفتوح » كـ « أنت بائن »

وجعل الشريف أبو جعفر « أنت مخلاة » كـ « أنت خلية »

وفرق بينهما ابن عقيل ، فقال : لأن الرجعية يقع عليها اسم « مخلاة » بطلقة ويحسن أن يقال للزوج « خلّها بطلقة » .

وأيضاً ، فإن « الخلية » هي الخالية من زوج ، و « الرجعية » ليست خالية انتهى

وقال في المستوعب ، فإن قيل « مخلاة » و « خليتك » و « خلية » بمعنى واحد ، فلِمَ ألحقتموها بالخفية ؟

قلنا : قد كان القياس يقتضي ذلك ، مثل « مطلقة » و « طلقتك » و « طالق » ولكن تركناه للتوقيف الذي تقدم ذكره ، ولم نجدهم ذكروا إلا « خلية » انتهى

وقال ابن عقيل في الكنايات الظاهرة « أنت طالق لا رجعة لي عليك » .

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وقدمه في الرعايتين

وقيل : هي صريحة في طلقة ، كناية ظاهرة فيما زاد

واختاره ابن عبدوس في تذكرته ، والشيخ تقي الدين رحمه الله ، وقال : هذه اللفظة صريحة في الإيقاع ، كناية في العدد ، فهي ماكنة من صريح وكناية . انتهى

قلت : فيعاني بها

وعنه : يقع بها طلقة بائنة

وعنه : أن قوله « أنت حرة » ليست من الكنايات الظاهرة بل من الخفية

قال الزركشي : وهو ظاهر كلام الخرقي وأطلقهما في المستوعب

وعنه : أن « أعتقتك » ليست من الكنايات الظاهرة

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والنظم .

قوله (وخَفِيَّةٌ ، نحو : اخْرُجِي ، وَاذْهَبِي ، وَذُوقِي ، وتَجَرَّعِي ، وَخَلَّيْتُكِ ، وَأَنْتِ مُخَلَّاةٌ ، وأَنْتِ وَاحِدَةٌ ، ولَسْتِ لِي بِامْرَأَةٍ ، وَاعْتَدِّي واسْتَبْرِئِي ، واعْتَزِلِي . وما أَشْبَهَهُ)

كـ « لا حاجة لي فيك » و « ما بقي شيء » و « أعنك الله » و « الله قد أراحك مني » و « جرى القلم » ونحوه

وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب

وتقدم اختيار أبي جعفر . في « أنت مخلاة » .

وعنه : أن « اعتدي » و « استبرئي » ليستا من الكنايات الخفية .

وقال ابن عقيل : إذا قالت له « طلقني » فقال « إن الله قد طلقك » هذا كناية خفية ، أسندت إلى دلالتي الحال ، وهي ذكر الطلاق ، وسؤالها إياه .

وقال ابن القيم : الصواب أنه إن نوى : وقع الطلاق ، وإلا لم يقع لأن قوله « الله قد طلقك » إن أراد به شرع طلاقك ، وأباحه : لم يقع . وإن أراد أن الله أوقع عليك الطلاق ، وأراده وشاءه : فهذا يكون طلاقا فإذا احتمل الأمرين لم يقع إلا بالنية . انتهى

ونقل أبو داود : إذا قال « فرق الله بيني وبينك في الدنيا والآخرة » قال : إن كان يريد أنه دعاء يدعو به فأرجو أنه ليس بشيء .

فلم يجعله شيئا مع نية الدعاء

قال في الفروع . فظاهره أنه شيء مع نية الطلاق ، أو الإطلاق ، بناء على أن الفراق صريح ، أو للقرينة .

قال : ويوافق هذا ما قاله شيخنا — يعني به الشيخ تقي الدين — في « إن أبرأتني فأنت طالق » فقالت « أبرأك الله مما تدعي النساء على الرجال » فظن أنه يبرأ ، فطلق . فقال : يبرأ

فهذه المسائل الثلاث : الحكم فيها سواء

وظهر أن في كل مسألة قولين . هل يعمل بالإطلاق للقرينة ، وهي تدل على النية . أم تعتبر النية ؟

ونظير ذلك : « إن الله قد باعك » أو « قد أقالك » ونحو ذلك . انتهى

قوله ﴿ واخْتُلِفَ فِي قَوْلِهِ : الْحَقِي بِأَهْلِكِ ، وحَبْلُكِ على غارِبِكِ ، وتَزَوَّجِي مَنْ شِئْتِ ، وحَلَلْتِ لِلْأَزْواجِ ، وَلا سَبِيلَ لِي عَلَيْكِ ، وَلا سُلْطانَ لِي عَلَيْكِ . هَلْ هِيَ ظاهِرَةٌ ، أَوْ خَفِيَّةٌ ؟ على رِوايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في المستوعب ، والمحرر ، والنظم ، والحاوي .

وأطلقهما — في الخمسة الأخيرة — في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغني ، والشرح ، والفروع

وأما « الْحَقِي بِأَهْلِكِ » فالصحيح من المذهب : أنها من الكنايات الخفية صححه المصنف ، والشارح

قال في الفروع : خفية على الأصح .

وهو ظاهر كلامه في العمدة . فإنه لم يذكرها في الظاهرة .

وهو ظاهر كلامه في المنور ، ومنتخب الآدمي البغدادي

وقيل . هي كناية ظاهرة . وعليه أكثر الأصحاب

وهو ظاهر ما جزم به الحافي .

وقطع به في الجامع الصغير ، والمنهج ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وإدراك الغاية ، وتذكرة ابن عبدوس

قال الزركشي : هذا المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله . والمختار لأكثر الأصحاب

وقدمه في الرعايتين ، والزبدة . وصححه في تصحيح المحرر

وأما الخمسة الباقية ، فإحدى الروايتين : أنها من الكنايات الظاهرة صححه في التصحيح ، وتصحيح المحرر

وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الرعايتين ، والزبدة ، وشرح ابن رزين

والرواية الثانية : هي خفية . وجزم به في المنور

وهو ظاهر ما جزم به في منتخب الأدمي . وقدمه في إدراك الغاية

واختار ابن عبدوس في تذكرته أن « حبلك على غاربك » و « تزوجي من شئت » و « حللت للأزواج » من الكنايات الظاهرة . وأن قوله « لا سبيل لي عليك » و « لا سلطان لي عليك » خفية

فائدة : وكذا الحكم — خلافا ومذهبا — في قوله « غطّ شعرك » و « تقنعي » وفي « الفراق ، والسراح » وجهان

وأطلقهما في الفروع . يعني . على القول بأنهما ليسا من الصرائح

أحدهما : هما من الكنايات الظاهرة . جزم به الزركشي

والثاني : هما من الكنايات الخفية . وجزم به في المغني ، والشرح

قوله ﴿ وَمِنْ شَرْطِ وُقُوعِ الطَّلَاقِ : أَنْ يَنْوِيَ بِهَا الطَّلَاقَ ﴾

الصحيح من المذهب ، ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله أن من شرط وقوع الطلاق بالكنايات : أن ينوي بها الطلاق ، إلا ما استثني ، على ما يأتي بعد ذلك قريبا

قال الزركشي : هذا قول جمهور الأصحاب ـ القاضي ، وأصحابه ، والشيخين ، وغيرهم ـ ونص عليه . انتهى

وجزم به في الوجيز ، وغيره

وقدمه في المغني ، والشرح ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : يقع الطلاق بالظاهرة من غير نية . اختاره أبو بكر .

وذكر القاضي : أنه ظاهر كلام الخرقي .

قال في الرعاية : وفي هذه الرواية بعد

فعلى المذهب : يشترط أن تكون النية مقارنة للفظ على الصحيح

قدمه في الفروع ، فقال : ولا يقع بكناية إلا بنية مقارنة للفظ

وقاله المصنف ، والشارح ، وصاحب المنور .

وقيل : يشترط أن يقارن أول اللفظ

قال في تجريد العناية : ومن شرطها : مقارنة أول اللفظ في الأصح .

وجزم به الأدمي البغدادي في منتخبه .

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والحاوي الصغير ، وغيرهم

وقال في الرعايتين : ولا يقع بكناية طلاق إلا بنية قبله ، أو مع أول اللفظ ، أو جزء غيره

واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وجزم به في الوجيز .

قوله ﴿ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِهِ فِي حَالِ الْخُصُومَةِ وَالْغَضَبِ فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، وشرح ابن منجا

إحداهما : يقع ، إن لم تكن نية . وهو المذهب . اختاره ابن عبدوس في تذكرته

قال الزركشي : طلقت على المشهور والمختار الكثير من الأصحاب .

وجزم به في الوجيز . وقدمه في الفروع

والرواية الثانية : لا يقع إلا بالنية صححه في التصحيح .

قال في الخلاصة : لا يقع في الأصح . وجزم به أبو الفرج ، وغيره .

وهو ظاهر ما جزم به في المنور ، ومنتخب الأدمي

وقدمه في المحرر ، والحاوي الصغير

وقال الشارح : ويحتمل أن ما كان من الكنايات لا يستعمل في غير الفرقة إلا نادرًا نحو قوله « أنت حرة لوجه الله » أو « اعتدي » أو « استبرئي رحمك » أو « حبلك على غاربك » أو « أنت بائن » ونحو ذلك : أنه يقع في حال الغضب

وجواب السؤال من غير نية ، وما كثر استعماله بغير ذلك ، نحو « اخرجي » و « اذهبي » و « روحي » و « تقنعي » لا يقع الطلاق به إلا بنية انتهى

قوله ﴿ وإنْ جَاءَتْ جَوَابًا لِسُؤَالِهَا الطَّلَاقَ . فقال أصحابنا : يقعُ بها الطَّلَاقُ ﴾ .

وهو المذهب مطلقا . وعليه أكثر الأصحاب

وجزم به في الوجيز ، وغيره وقدمه في الفروع ، وغيره

وعنه : لا يقع إلا بنية

واختار المصنف : الفرق ، فقال : والأولى في الألفاظ التي لا تكثر استعمالها بغير الطلاق ، نحو « اخرجي » و « اذهبي » و « روحي » أنه لا يقع به طلاق حتى ينويه . ومال إليه الشارح .

فائدة : لو ادعى أنه لم يرد الطلاق ، أو أراد غيره دُيِّن ، ولم يقبل في الحكم مع سؤاله ، أو خصومة وعمل على أصح الروايتين قاله في الفروع ، وغيره

قوله ﴿ ومتى نوى بالكنايات الطَّلَاقَ . وقع بالظَّاهرة ثلاثٌ ، وإنْ نوى واحدةً ﴾

وهذا مذهب بلا ريب

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم : هذا ظاهر المذهب .

واختاره ابن أبي موسى ، والقاضي ، وغيرهما .

قال الزركشي : هذا المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله ، والمختار لأكثر الأصحاب

وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في الخلاصة ، والمستوعب ، والرعايتين ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب

وعنه : يقع ما نواه . اختاره أبو الخطاب في الهداية

وجزم به في العمدة والمنور وقدمه في المحرر ، والحاوي الصغير فيدين فيه

فعليها : إن لم ينو شيئاً وقع واحدة . وفي قبوله في الحكم روايتان

وأطلقهما في المحرر ، والحاوي الصغير ، والنظم .

قلت : الصواب أنه يقبل في الحكم ويكون رجعياً على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب

﴿ وعنه : ما يدل على أنه يقع بها واحدة بائنة ﴾

وهن أوجه مطلقة في المذهب ، ومسبوك الذهب .

وتقدم رواية - اختارها أبو بكر - : أنه لا تشترط النية في وقوع الطلاق بالكنايات الظاهرة

فوائد

الأولى . وكذلك الروايات الثلاث في قوله « أنت طالق بائن » أو « طالق ألبتة » أو « أنت طالق بلا رجعة » قاله في المحرر ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وتقدم الكلام أيضاً على قوله « أنت طالق بلا رجعة » في الكنايات الظاهرة .

الثانية : لو قال « أنت طالق واحدة بائنة » أو « واحدة بتة » وقع رجعياً .

على الصحيح من المذهب .

قدمه في المحرر ، والنظم ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وعنه : يقع طلقة بائنة . وعنه : يقع ثلاثاً .

وقدم في الرعايتين : أنه إذا قال « أنت طالق طلقة بائنة » أنها تقع .

ثم قال : وعنه رجعية

الثالثة لو قال « أنت طالق واحدة ثلاثاً » وقع ثلاث على الصحيح من المذهب

وقال في الفصول عن أبي بكر في قوله « أنت طالق ثلاثاً واحدة » يقع واحدة . لأنه وصف الواحدة بالثلاث .

قال في الفروع : وليس بصحيح . لأنه إنما وصف الثلاث بالواحدة فوقعت الثلاث ، وألغا الوصف وهو أصح

الرابعة : كره الإمام أحمد رحمه الله : أن يفتي في الكنايات الظاهرة ، وتوقف . وإنما توقف لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في ذلك

قوله (ويقعُ بالحمِيَّةِ ما نواهُ) .

هذا المذهب مطلقاً جزم به في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والوجيز ، والمنور ، والخلاصة ، وغيرهم .

قال الزركشي : لا نزاع عندهم أن الحمية يقع بها ما نواه وليس كما قال .

وقدمه في الهداية ، والمستوعب ، والنظم ، وغيرهم .

وقال الناظم : * وتطليقة بحمية في المجد *

وستنى القاضى ، والمصنف ، والشارح قوله « أنت واحدة » فإنه لا تقع بها إلا واحدة . وإن نوى ثلاثاً .

وعند ابن أبى موسى : تقع بالحمية ثلاثا ، وإن نوى واحدة

ذكره عنه فى الهداية ، والمستوعب

تنبيه . قوله (فإنْ لَمْ يَنْوِ عَدَدًا : وَقَعَ واحِدَةٌ)

يعنى رجعية ، إن كان مدخولا بها وإلا بائنة

قوله (فَأَمَّا مَا لا يَدُلُّ عَلَى الطَّلاقِ ، نَحْوَ « كُلِي » وَ « اشْرَبِي » وَ « اقْعُدِي » وَ « اقْرَبِي » و « بَارَكَ اللهُ عَلَيْكِ » وَ « أَنْتِ مليحَةٌ » أَوْ « قَبِيحَةٌ » فلا يقعُ بِهَا طَلاقٌ ، وإنْ نواهُ) .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم

وقيل : هو كناية فى « كلى » و « اشربى » .

وتقدم إذا قال لها « لست لى بامرأة » أو « لست لى امرأة » عند قوله « ولو قال له : ألك امرأة ؟ فقال لا »

قوله (وكَذا قَوْلُهُ : أَنا طالِقٌ)

يعنى : لا تقع به طلاق وإن نواه

(فإنْ زَادَ ، فقالَ « أَنا مِنْكِ طالِقٌ » فَكَذلكَ)

على الصحيح من المذهب نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره وقدمه فى الفروع ، وغيره .

واختاره ابن حامد ، وغيره

ويحتمل أنه كناية . وهو لأبى الخطاب .

قلت فى الرعاية — على هذا الاحتمال — فيقع إذاً

ثم قلت إن نوى إيقاعه وقع ، وإلا فلا .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ « أَنَا مِنْكِ بَائِنٌ » أَوْ « حَرَامٌ » فَهَلْ هُوَ كِنَايَةٌ أَوْلَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

﴿ و ﴾ كذا قوله ﴿ أَنَا مِنْكِ بَرِيءٌ ﴾ .

وأطلقهن فى الهداية ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، وابن رزين

أحدهما : هو لغو صححه فى التصحيح وحرم به فى الوجيز وقدمه فى الرعاية فى قوله « أنا منك برىء »

والوجه الثانى : هو كناية . صححه فى المذهب ، ومسبوك الذهب وقدمه فى الرعاية الصغرى ، فى الجميع وقدمه فى الكبرى ، والحاوى الصغير ، فى الأولتين.

وأصل الخلاف فى ذلك أن الإمام أحمد رحمه الله : سئل عن ذلك ، فتوقف تارة : بل أسقط لفظ « منك » فقال « أَنَا بَائِنٌ » أَوْ « حَرَامٌ » فخرج المصنف والشارح — من كلام القاضى — فيها وجهين : هل هما كناية ، أو لغو ؟ .

قال فى الفروع : وكذا مع حذفه « منك » نية فى احتمال . ذكره فى الانتصار انتهى .

قلت : ظاهر كلام الأصحاب : أنه لغو .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ « أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ » أَوْ « مَا أَحَلَّ اللَّهُ عَلَيَّ حَرَامٌ » فَفِيهِ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ ﴾ .

وكذا قوله ﴿ حَلَّ عَلَيَّ حَرَامٌ ﴾

إحداهن : أنه ظهار وهو المذهب فى الجملة

قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب : هذا المشهور فى المذهب وقطع به فى الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى العمادى وغيرهم

وصححه في النظم ، وغيره

وقدمه في المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب .

والرواية الثانية : هو كناية ظاهرة

حتى نقل حنبل ، والأثرم « الحرام » ثلاث . حتى لو وجدتُ رجلاً حرم امرأته عليه ، وهو يرى أنها واحدة : فرقتُ بينهما .

قال في الفروع : مع أن أكثر الروايات كراهة الفتيا بالكنايات الظاهرة

قال في المستوعب . لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم ، كما تقدم

قال الزركشي : الرواية الثانية : أنه ظاهر في الظهار . فعند الإطلاق ينصرف إليه ، وإن نوى يمينا ، أو طلاقاً انصرف إليه ، لاحتماله لذلك . انتهى .

والرواية الثالثة . هو يمين

قال الزركشي ، الثالثة : أنه ظاهر في اليمين . فعند الإطلاق ينصرف إليه وإن نوى الطلاق ، أو الظهار انصرف إلى ذلك . انتهى .

وأطلقهن في الكافي

وعنه رواية رابعة : أنه كناية خفية

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ إِحْدَاهُنَّ : أَنَّهُ ظِهَارٌ ، وَإِنْ نَوَى الطَّلَاقَ ﴾

هذا الأشهر في المذهب ونقله جماعة عن الإمام أحمد رحمه الله

فإنه المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم

قال في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، وغيرهم : هذا المشهور في المذهب

وقطع به الخرقي ، وصاحب الوجيز ، ومسبك الأدمي البغدادي ، وغيرهم
وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب . والخلاصة ،
والمغني ، والشرح ، وغيرهم .

وعنه : يقع ما نواه . وجزم به في المنور .

واختاره ابن عبدوس في تذكرته .

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والحاوي الصغير .

وأطلقهما في الرعايتين ، والفروع

وذكر أيضاً في كلام المصنف « إذا قال : أنت عليّ حرام » في باب الظهار .

فائدتان

إحداهما : لو قال له « أنت عليّ حرام » ونوى : في حرمتك على غيري ،
فكطلاق .

قاله في الترغيب ، وغيره واقتصر عليه في الفروع .

الثانية . لو قال « عليّ الحرام » أو « يلزمني الحرام » أو « حرام يلزمني »
فهو لغو ، لا شيء فيه مع الإطلاق وفيه ـ مع قرينة أو نية ـ وجهان .

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والفروع

قلت : الصواب أنه ـ مع النية أو القرينة ـ كقوله « أنت عليّ حرام »

ثم وجدت ابن رزين في شرحه قدمه

وقال في الفروع : وتوجه احتمال إن نوى به طلاق ، وإلا فلغو قرينة .
ذكره في أول باب الظهار .

قلت الصواب أنه ـ مع النية أو القرينة ـ كقوله « أنت عليّ حرام » .

قوله ﴿ وإنْ قال « ما أحلَّ اللهُ عليَّ حرامٌ ، أعْنِي به الطَّلاقَ » .
فقال الإمام أحمد رحمه الله : تَطْلُقُ امْرَأتُهُ ثلاثاً . وعَنْهُ : أنَّهُ ظِهارٌ ﴾ .

الصحيح من المذهب . أن ذلك طلاق . وعليه عامة الأصحاب

قال فى الفروع : والمذهب أنه طلاق بالإنشاء . وعنه أنه ظهار

قلت : المذهب : قطع المصنف هنا فى الإمام أحمد رحمه الله . أنها تطلق ثلاثا مطلقا ، وهو إحدى الروايتين

وقدمه فى الهداية ، والخلاصة ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين . وقال : إن حرمت الرجعية . وقاله ابن عقيل . ذكره عنه فى المستوعب

والرواية الثانية : أنها تطلق واحدة ، إن لم ينو أكثر

جزم به فى الوجيز ، والمنور

وأطلقهما فى المذهب ، ومسوك الذهب ، والمطلع ، والحاوى ، والفروع

قوله (وإن قال : أعنى به طلاقا ، طلقت واحدة) هذا المذهب.

قال فى الفروع : والمذهب أنه طلاق بالإنشاء .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسوك الذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، والمنور

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير

وسماه : أنه طلاق

فائدتان

الفائدة الأولى . لو قال : أنت على حرام . أعنى به الطلاق . وقلنا : الحرام صريح فى الظهار . فقال فى القاعدة الثانية والثلاثين : فهل يلغو تفسيره ، ويكون ظهارا أو صحيح ، ويكون طلاقا ؟ على روايتين . انتهى

قلت . لدى يظهر أنه طلاق ، قياسا على نظيرتها المتقدمة

الفائدة الثانية : لو قال : والشئ على حرام . فإن نوى به أنه : ظهار . وإن نوى فراشه : فيمين .

هذه ابن هانىء . واقتصر عليه فى الفروع

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ « أَنْتِ عَلَيَّ كَالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ » وَقَعَ مَا نَوَاهُ مِنَ الطَّلَاقِ وَالظِّهَارِ وَالْيَمِينِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : يقع ما نواه ، سوى الظهار جزم به فى عيون المسائل .

وقال فى المحرر ، والشرح ، والحاوى ، وغيرهم : وإن نوى به الظهار : احتمل أن يكون ظهاراً ، كما لو قال « أنت علىّ حرام » .

واحتمل أن لا يكون ظهاراً ، كما لو قال « أنت علىّ كظهر البهيمة » أو « كظهر أبى » انتهى

فائدة لو نوى الطلاق ، وهو دون عدداً وقعت واحدة

قطع به المصنف فى المغنى ، والشارح وقالا : لأنه من الكنايات الخفية .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا فَهَلْ يَكُونُ ظِهَارًا ، أَوْ يَمِينًا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

وهما روايتان وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب والمغنى ، والشرح ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

أحدهما : يكون ظهاراً وهو المذهب . صححه فى التصحيح

قال فى الرعايتين : هذه أشهر

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع

والثانى يكون يميناً قدمه فى الرعايتين ، والحلاصة .

قوله (فإنْ قال « حلفتُ بالطلاقِ » وكذب . لزمهُ إقرارُهُ فى الحكمِ) هذا المذهب

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والفروع : وعنه حكما . على الأصح

وجزم به فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وذكره ابن عبدوس ، وغيرهم

وقدمه فى المحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم

وجزم القاضى ، وأبو الخطاب ، وغيرهما .

وعنه : لا يلزمه إقراره فى الحكم .

وبأتى نظير ذلك فى « كتاب الأيمان » قبيل حكم الكفارة

قوله (ولا يلزمُهُ فيما بينهُ وبينَ اللهِ)

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة والوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير

وعنه يلزمه جزم به أكثر

وأطلقهما فى المستوعب وهما وجهان فى الإرشاد

قوله (وإنْ قال لامرأتِهِ « أمرُكِ بيدكِ » فلها أنْ تطلقَ نفسَها ثلاثًا وإنْ نوَى واحدةً)

هذا المذهب لأنه كناية صحيحة وأفتى به الإمام أحمد رحمه الله ، .

وجزم به ابن عقيل فى تذكرته . وابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب الوجيز ، وناظم المفردات ، ونظم ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال الزركشي : هذا المذهب عند الأصحاب

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : ليس لها أن تطلق أكثر من واحدة ، مالم يبن أكثر . قاله في الهداية والمذهب ، ومسبوك الذهب .

وقطع به صاحب التبصرة وأطلقهما في المحرر

قوله (وهو في يدها ، ما لم يفسخ أو يطأ)

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشي . هذا منصوص الإمام أحمد رحمه الله . وعليه الأصحاب

وجزم به في الكافي ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، ومنتخب الأدمي ، ونظم المفردات ، وغيرهم

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وهو من مفردات المذهب

وخرج أبو الخطاب . أنه يقف بالمجلس كما مضى في كلام المصنف قريباً .

قوله (وإن قال لها « اختاري نفسك » لم يكن لها أن تطلق أكثر من واحدة ، إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك)

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه في « اختاري » غير مكرر تقع ثلاثا .

وعنه إن خيرها فقالت « طلقت نفسي » تقع ثلاثا .

فائدة : لو كرر لفظ التخيير بأن قال « اختاري ، اختاري ، اختاري » فإن

نوى إفهامها ، ونفس بينه ثلاثا : فواحدة . قاله الإمام أحمد رحمه الله

وإن أراد ثلاثاً : فثلاث . قاله الإمام أحمد أيضاً رحمه الله

وجزم به في المغني ، والشرح ، وغيرهما

وإن أطلق فواحدة . اختاره القاضي

وعنه : ثلاثاً . ذكره المصنف ، والشارح

قوله (وليس لها أن تطلق إلا ما دامت في المجلس ، ولم يتشاغلا بما يقطعه ، إلا أن يجعله لها أكثر من ذلك)

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الوجيز وغيره

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قال الزركشي : هذا اختيار القاضي ، والأكثرين

وعنه : أنه على الفور . جواباً لكليهما . وهو ظاهر كلام الخرقي

وقيل : هو على التراخي . ذكره في الرعاية . وهو تخريج لأبي الخطاب .

ويأتي في كلام المصنف

قوله (وإن جعل لها الخيار اليوم كله ، أو جعل أمرها بيدها ، فردته ، أو رجع فيه ، أو وطئها : بطل خيارها) .

هذا المذهب . وهو كما قال . وعليه الأصحاب

وخرج أبو الخطاب في كل مسألة وجهاً . مثل حكم الأخرى .

يعني : من حيث التراخي والفورية . لا من حيث العدد

مع أن كلام أبي الخطاب يحتمل أن يكون في العدد أيضاً . قال معناه ابن منجا في شرحه

وقد نص الإمام أحمد رحمه الله . على التفرقة بينهما . فلا يتجه التخريج

وقيل : الوطء لا يبطل خيارها . ذكره في الرعاية

قوله ﴿ وَلَفْظَةُ « الْأَمْرِ » وَ« الْخِيَارِ » كِنَايَةٌ فِي حَقِّ الزَّوْجِ ، يَفْتَقِرُ إِلَى نِيَّةٍ ﴾ .

لفظ « الأمر » من الكنايات الظاهرة ولفظة « خيار » من الكنايات الخفية يفتقر إلى نيته ، وكونه بعد سؤال الطلاق ونحوه

وقد تقدم الخلاف في قدر ما يقع بكل واحدة منهما

وتقدم رواية احمد أو بكر : أن الكنايات الظاهرة لا يحتاج الوقوع فيها إلى نية

وكذا لفظة الأمر هنا

قوله ﴿ فَإِنْ نَوَتْهُ بِلَفْظِ الْكِنَايَةِ . نَحْوُ « اخْتَرْتُ نَفْسِي » افْتَقَرَ إِلَى نِيَّتِهَا أَيْضًا ﴾

فإن قاله بلفظ الصريح ، بأن قالت ﴿ طَلَّقْتُ نَفْسِي وَقَعَ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ ﴾

لو حمل ذلك على لفظ الكناية ، كقوله لها « اختاري نفسك » أو « أمرك بيدك » فهو كما لو نوى منه لها فإن أوقعته بالصريح ، كقوله « طلقت نفسي » لم يحتج المصنف هنا بالوقوع . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب

وقطع به كثير منهم ، منهم المصنف ، والمجد ، والشارح ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم

ويعدم قريباً رواية . أنه لو خيرها فقالت « طلقت نفسي ثلاثاً » أنها تطلق ثلاثاً

وحكى في الترغيب في الوقوع وجهين . فيما إذا أتى بالكناية وأوقعت هي بالصريح ، كعكسه على ما يأتي في كلام المصنف بعد هذا

فوائد

إحداها: يقع الطلاق بإيقاع الوكيل بصريح أو كناية بنية

وفي وقوعه بكناية بنية ممن وكل فيه بصريح: وجهان

وأطلقهما في الفروع، وكذا عكسه في الترغيب، وتبعه في الفروع

وأطلقهما - في الأولى - في الرعايتين، والحاوي

قلت: الصواب الوقوع كالمرأة

الثانية: تقدم أنه هل يقبل دعوى الموكل بأنه رجع قبل إيقاع وكيله، أم لا؟ في كتاب الطلاق

الثالثة: لا يقع الطلاق بقوله «اخترت» ولو نوت، حتى تقول «نفسي» أو «أبوي» أو «الأزواج»

ونقل ابن منصور: إن اختارت زوجها فواحدة، وإن اختارت نفسها فثلاثة

قوله ﴿ وإن اختلفا في نيتها، فالقولُ قولُها، وإن اختلفا في رجوعه فالقولُ قولُه ﴾

لا أعلم في ذلك خلافاً.

قوله ﴿ وإن قال «طلقي نفسك» فقالت «اخترتُ نفسي» ونوتِ الطلاقَ: وقعَ ﴾.

هذا المذهب، صححه في المغني، والشرح، وجزم به في الوجيز، وغيره وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم.

ويحتمل أن لا يقع، وهو لأبي الخطاب، ووجه اختاره بعض الأصحاب وأطلقهما في المحرر، والفروع، والرعايتين، والحاوي، وتقدم قريباً عكسها

قوله ﴿ وليس لها أن تطلق أكثر من واحدة، إلا أن يجعل لها أكثر منها ﴾

إن سقطه أو بعضه . وهذا المذهب . جزم به في المغني ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي ، والنظم ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، وغيره .

وعنه تطلق ثلاثاً ، إن نواها هو وقعت هي

فوائد

الأولى : لو قال « لم طلقي نفسك ثلاثاً » طلقت ثلاثاً نيتها على الصحيح من المذهب .

وقيل تطلق ثلاثاً ، ولو لم ينوها .

وقيل : لا تطلق إلا واحدة ولو نوت ثلاثاً .

الثانية : هل قوله « طلقي نفسك » مختص بالمجلس ، كقوله « اختاري نفسك » ، أو على التراخي « كأمرك بيدك » ؟ فيه وجهان

وأطلقهما في المحرر ، والنظم ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

أحدهما : يكون على التراخي . وهو الصحيح صححه المصنف ، والشارح ، وابن منجا في الرعايتين : وهو أولى

والوجه الثاني : مختص بالمجلس قدمه في الرعايتين

واختاره ابن عبدوس في تذكرته وجزم به في المنور

الثالثة : قال في المحرر ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم : لو قال ذلك لأجنبي ، كان ذلك على التراخي في الجميع . يعني في « الأمر » و « الاختيار » و « الطلاق » .

وحكم الأجنبي بذلك وكل حكم فيما تقدم — حلافاً ومذهباً — إلا في التراخي على ما تقدم

وتقدمت أحكام توكيل الأجنبي ، مرارًا في أواخر كتاب الطلاق فيعود .

الرابعة : تملك المرأة بقوله « طلاقك بيدك » أو « وكلتك في الطلاق »

متعلق بقوله له « أمرك بيدك » فلا يقع بقوله « أنت طالق » أو « أنت مني طالق » أو « طلقتك » على الصحيح من المذهب قدمه في الفروع ، والرعاية وقيل يقع ثلاثا

وقال في الروضة . صفة طلاقها « طلقت نفسي » أو « أمرك طالق » وإن قالت « أنا طالق » لم يقع

قوله ﴿ وإنْ قال « وهبتك لأهلك » فإنْ قبلوها ، فواحدة ﴾

يعني : رجعية نص عليه ﴿ وإنْ رَدَّدَها فلا شيء ﴾

هذا المذهب قال الزركشي : هذا مشهور في المذهب .

قال المصنف ، والشارح : هذه مشهورة عن الإمام أحمد رحمه الله

وجزم به الخرقي ، وصاحب الوجيز ، وابن منجا ، والمنتخب ، وغيرهم

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وهو من مفردات المذهب وجزم به بعضهم

﴿ وعنه إنْ قبلوها : فثلاث ، وإنْ رَدُّوها : فواحدة ﴾

يعني ، رجعية قدمه في الخلاصة

وعنه : إن قبلوها فثلاث ، وإن ردوها : فواحدة بائنة

وعند القاضي : يقع ما نوى .

فوائد

الأولى تعتبر النية من الزوج والموهوب . ويقع أقلهما إذا اختلفا في النية على الصحيح من المذهب قدمه في الفروع

قال في التلخيص : وبكل حال لابد من النية لأنه كناية فتقديره ، مع النية : أنت طالق ، إن رضي أهلك . أو رضي فلان انتهى

وعنه : لا تعتبر النية فى الهبة . ذكره القاضى .

الثانية : لو باعها لغيره ، كان لغوا . على الصحيح من المذهب . نص عليه وجزم به الأكثر .

وقال فى الترغيب : فى كونه كناية كالهبة : وجهان .

الثالثة : لو نوى ـ بالهبة ، والأمر ، والخيار ـ الطلاق فى الحال : وقع . قاله الأصحاب

الرابعة : من شرط وقوع الطلاق معلقا : التلفظ به . فلو طلق فى قلبه : لم يقع بلا خلاف أعلمه

نقل ابن هانىء : إذا طلق فى نفسه لا يلزمه ، ما لم يتلفظ به ، أو يحرك لسانه .

قال فى الفروع : وظاهره ولو لم يسمعه .

قال : ويتوجه كقراءة صلاة ، على ما تقدم فى « باب صفة الصلاة » عند قوله « ويُسِرُّ بالقراءة بقدر ما يسمع نفسه » .

الخامسة : قوله (وكذلك إذا قال « وَهَبْتُكَ لِنَفْسِكَ »)

قاله الأصحاب . وقال المصنف ، وابن حمدان وغيرهما . وكذا الحكم لو وهبها لأجنبى .

قال الزركشى : وقد يتارع فى ذلك . فإن الأجنبى لا حكم له عليها ، بخلاف نفسها أو أهلها . والله أعلم بالصواب .

آخر الجزء الثالث من تجزئة أربعة أجزاء ـ من كتاب « الإنصاف » فى معرفة الراجح من الخلاف » .

والحمد لله رب العالمين . وصلواته على خير خلقه محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين .

وكان الفراغ منه في سادس شهر ربيع الآخر من شهور سنة ثلاث وسبعين وثلثمائة ، بصالحية دمشق المحروسة ، من نسخة المصنف أنقذه الله تعالى .

على يد العبد الفقير إلى الله تعالى ، لأمل فضله وإحسانه ، حسن بن علي بن عبيد بن أحمد بن عبيد ، الداوي ، المقدسي الحنبلي ، البعدي ، عفا الله عنه بمنه وكرمه. آمين يارب العالمين .

يتلوه — في الجزء الرابع — إن شاء الله تعالى « باب ما يختلف به عدد الطلاق »

وكان الفراغ من طبع هذا « الجزء الثامن من الإنصاف » وتصحيحه وتحقيقه على هذه الصفة قدر الجهد والطاقة ـ بمطبعة السنة المحمدية ـ ولم آلُ ـ بعلم الله ـ جهداً ، ولم أدّخر وسعاً ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم . وكفى بالله شهيداً .

ويتلوه بمشيئة الله تعالى وحسن توفيقه ومعونته : الجزء التاسع ، وأوله « باب مايختلف به عدد الطلاق » .

وهو أول الجزء الرابع والأخير من تجزئة النسخة المخطوطة المحفوظة بمكتبة طلعت من فروع دار الكتب المصرية . وقد أعثرنا الله عليها بواسطة الأخ الكريم الحاج فؤاد السيد . جزاه الله خير الجزاء . وجزى كل من ساعده في تصويرها .

وهي منقولة عن نسخة المؤلف ، وفي حياته ، فهي بهذا نسخة قيمة بلاشك .

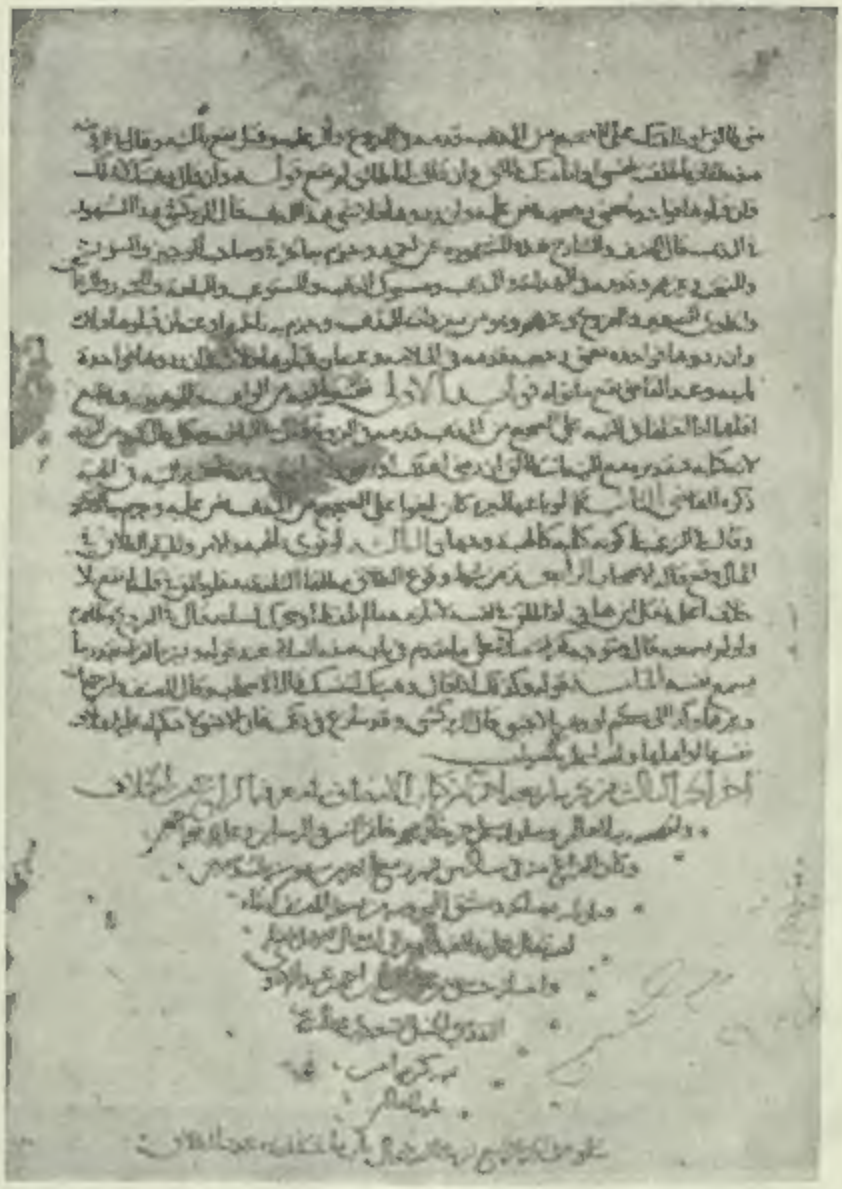
والله المسئول وحده حسن الجزاء ، وخير المثوبة من عظيم فضله ، وواسع كرمه ، فإنه نعم المولى ونعم النصير

وصلى الله وسلم وبارك على خير خلقه ، وخاتم رسله ، محمد وعلى آله أجمعين ، والله أرجو أن يجعلنا من آل هذا الرسول وحزبه المفلحين في الدنيا والآخرة

وكتبه الفقير إلى عفو الله ورحمته ومغفرته

محمد خالد الجيلي

القاهرة في { يوم الأربعاء ٢١ من ذي القعدة المحرم سنة ١٣٧٦هـ
الموافق ١٩ من شهر يونيه سنة ١٩٥٧م



الصفحة الأخيرة من الجزء الثالث من نسخة مكتبة طلعت المحفوظة بدار الكتب المصرية . وهي مكتوبة عن نسخة المؤلف ، وفي حياته .

وهي التي عثرنا عليها نتيجة بحث الأخ الحاج فؤاد السيد . أمين المخطوطات بالدار .